



Las excepciones frente al requerimiento de pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano. Un especial enfoque en la *exceptio doli*.

Tesis presentada en satisfacción parcial de los requerimientos para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo por:

Christian Alfonso Ríos Holguín

Programa de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo

Lima, 6 de setiembre de 2018

Esta tesis

**LAS EXCEPCIONES FRENTE AL REQUERIMIENTO DE PAGO
DE LA CARTA FIANZA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO. UN ESPECIAL ENFOQUE EN LA *EXCEPTIO DOLI*.**

ha sido aprobada

Paulo Comitre Berry (Jurado)

Diego Peschiera Mifflin (Jurado)

Omar Gutiérrez Ochoa (Asesor)

UNIVERSIDAD ESAN

2018

CHRISTIAN ALFONSO RIOS HOLGUIN

Abogado por la Universidad de Piura. Con más de ocho (8) años de experiencia en la rama de Derecho Corporativo en empresas de diversos sectores económicos del país (banca y educación), como en estudios de abogados. Facilidad para el trabajo en equipo, así como gran capacidad de análisis y de investigación.

FORMACIÓN

- 2002-2008 UNIVERSIDAD DE PIURA**
Bachiller en Derecho – Egresado en el Primer Puesto.
Título profesional de Abogado (2009)
- 2009 COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA**
Diploma en Derecho Empresarial
- 2017 UNIVERSIDAD CARLOS III – Madrid (España)**
Diploma en Finanzas y Derecho Europeo
- 2016-2018 UNIVERSIDAD ESAN**
Estudios concluidos de Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo.

EXPERIENCIA

- Setiembre 2017 – julio 2018 MARTINOT ABOGADOS**
Asociado Senior
Asesoría a clientes en temas contractuales (compraventas, arrendamientos, servicios, fideicomisos, etc.), inmobiliarios, societarios, así como en normativa sobre prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LAFT).
- Marzo 2016 – junio 2017 UNIVERSIDAD SAN IGNACIO DE LOYOLA**
Abogado
Encargado de la rama de Derecho Educativo. Responsable de absolver consultas relacionadas con normativa del Ministerio de Educación, SUNEDU (incluido el licenciamiento institucional), PRONABEC y de acreditación.

Mayo 2012 – febrero 2016

GRUPO UCAL TOULOUSE (Hoy ENFOCA)

Jefe Corporativo de Área Legal y Secretario del Directorio

Encargado de todos los temas legales relacionados con las 4 empresas que conformaban dicho grupo, dentro de ellas la Universidad de Ciencias y Artes de América Latina (UCAL) y el Instituto Toulouse Lautrec. Responsable de los temas contractuales, societarios, reclamos, cuestiones disciplinarias, así como de protección de datos personales y protección al consumidor. Secretario General de UCAL.

Marzo 2010 – diciembre 2011

MIBANCO – Banco de la Microempresa

Abogado Consultor.

Encargado de elaborar y revisar los distintos contratos con proveedores, así como adecuar los distintos documentos a los requerimientos de la SBS. Apoyo en la negociación y cierre de *loan agreements* al área de Tesorería. Participación como miembro del Comité de Derecho Bancario, en representación del banco.

Diciembre 2009 – marzo 2010

Banco Financiero del Perú

Asesor legal.

Encargado de revisar los contratos de crédito hipotecario del banco y de lograr su inscripción registral. Responsable del levantamiento de observaciones y de la coordinación con clientes y constructores. Preparación de informes legales sobre contingencias.

SEMINARIOS Y CURSOS

Participación en diversos cursos y seminarios a nivel nacional.

PUBLICACIONES

Diversos artículos publicados en varias revistas especializadas en temas jurídicos del medio local.

RESUMEN EJECUTIVO

Grado: Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo

Título de la tesis: Las excepciones frente al requerimiento de pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano. Un especial enfoque en la *exceptio doli*.

Autor: Christian Alfonso Ríos Holguín

Resumen:

Habiendo tomado conocimiento de que se vienen produciendo ejecuciones de la carta fianza (especialmente la bancaria) cuando, en estricto, no se ha producido un incumplimiento de la obligación principal, la presente tesis plantea como objetivo general, que la institución financiera garante pueda oponerse al pago de la garantía, invocando lo que, en doctrina se denomina excepción de fraude o abuso o, también llamada *exceptio doli*, sin perjuicio que, luego del análisis realizado, puedan incluirse otro tipo de excepciones. Para tal efecto, se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Dar a conocer el desarrollo de las garantías a primer requerimiento (entre ellas, la carta fianza), como respuesta a las necesidades económicas cambiantes en el mundo y a la disfuncionalidad de la fianza tradicional.
- Resaltar las diferencias esenciales entre la fianza tradicional y la carta fianza.
- Explicar, de manera general, las características, regulación, usos y costumbres y demás aspectos esenciales de la carta fianza, en el ordenamiento jurídico peruano.
- Sustentar la aplicación de la *exceptio doli* sobre la base de la buena fe contractual y la prohibición del abuso del derecho, recogidas en nuestro ordenamiento jurídico.
- Efectuar un breve análisis sobre las implicancias de la eventual implementación de la *exceptio doli* en el tráfico económico en el Perú.
- Analizar otros mecanismos de defensa con los que cuenta el garante ante una indebida ejecución de la carta fianza en el ámbito internacional y determinar si es posible su aplicación en el Perú.

La presente investigación ha tenido como base la doctrina y la jurisprudencia extranjera, especialmente la española. Sin embargo, varios países latinoamericanos aplican esta garantía, con algunos matices entre uno y otro, por lo que la tesis se ha visto enriquecida también con esta información.

En el ámbito nacional, se ha escrito muy poco a nivel de doctrina sobre las *garantías a primer requerimiento* y la información hallada es muy dispersa y, en algunos casos, hasta contradictoria. Tampoco se cuenta con importantes hallazgos a nivel jurisprudencial y, en el campo regulatorio, no se cuenta con un desarrollo positivo significativo, como sucede en el caso de la fianza tradicional.

A pesar de las limitaciones de fuentes de información en el ámbito nacional, ha sido posible sostener la viabilidad de la presente propuesta, sobre la base de lo señalado por la doctrina y jurisprudencia extranjeras, así como sobre una interpretación integral de lo afirmado por la doctrina nacional y las dispersas y escasas disposiciones que la normativa nacional recoge sobre la garantía objeto de estudio.

En ese orden de ideas, las conclusiones a las que se llegan en el presente trabajo, se resumen a continuación:

- Es posible que, en nuestro ordenamiento jurídico, la institución financiera garante oponga la denominada *exceptio doli*, ante un requerimiento de pago fraudulento o abusivo del beneficiario, sobre la base de la buena fe, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y del llamado deber de protección que tiene la referida entidad financiera con su cliente, ordenante de la garantía.
- No hay impedimento alguno para sostener que, en el Perú, es admisible que la institución financiera garante pueda oponer frente al requerimiento de pago del beneficiario, todas las excepciones derivadas de la relación de garantía (aquella que vincula al garante directamente con el beneficiario).
- La posibilidad de aplicar en nuestro ordenamiento jurídico aquellas excepciones provenientes de la relación de garantía, incluida la *exceptio doli*, podría suponer una disminución en los costos que las instituciones financieras actualmente cobran por la emisión de cartas fianza, al perder estas últimas parte de su principal atractivo: su gran liquidez.

Resumen elaborado por el autor

Las excepciones frente al requerimiento de pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano. Un especial enfoque en la *exceptio doli*.

INTRODUCCIÓN.

Hoy por hoy, la disminución o eliminación de riesgos económicos en las transacciones económicas nacionales e internacionales ha causado la proliferación y desarrollo de garantías otorgadas por instituciones bancarias o financieras, así como por las aseguradoras. Es más, la constitución de una garantía personal suficiente se ha convertido en un requisito imprescindible para la suscripción de un acuerdo comercial y, en algunos casos, como un requisito de validez para la conclusión de dicho acuerdo (Sánchez Calero, 1996). De hecho, como se verá en detalle más adelante, en el ámbito de contratación con el Estado peruano, un presupuesto indispensable para perfeccionar el contrato supone la entrega, por parte del postor ganador a favor de la entidad gubernamental que corresponda, de una garantía de fiel cumplimiento del referido pacto contractual, en una suma equivalente a un porcentaje del mismo.

La normativa existente del contrato de fianza tradicional resulta insuficiente para asegurar los elevados riesgos económicos que implican grandes obras de construcción, importación de tecnología, compraventas internacionales, entre otros. Así pues, la *accesoriedad* de la fianza ordinaria es considerada una dificultad para el tráfico mercantil, en tanto permite que la obligación derivada de la fianza, se encuentre supeditada a las vicisitudes que rodean a la obligación principal, lo que la convierte en escasamente funcional en estructuras transaccionales de gran complejidad y en el ámbito del comercio internacional, en donde se necesitan garantías adecuadas para tal fin.

Las necesidades del tráfico internacional ha dado lugar al nacimiento de un nuevo tipo de garantías, denominadas *garantías a primera demanda*, que son el producto de nuevas realidades económico-financieras, tales como: (i) crecientes necesidades de financiamiento, que exigen mantener activas las sumas líquidas para nuevas inversiones; (ii) en los contratos internacionales, el riesgo adicional de la aplicación de normas desconocidas por el contratante; (iii) la velocidad de los intercambios (*contrario sensu* a la lentitud de las decisiones judiciales); (iv) el ocultamiento de algunas operaciones, no siempre cristalinas; (v) la construcción de grandes obras, normalmente implican una cadena de negocios coligados; no hay un contrato único, sino un verdadero conjunto o

complejo de contratos de naturaleza diferente (contratos de obra pública, de suministro, de financiamiento, de garantía y de contragarantía, etc.), cuyas garantías que aseguran el cumplimiento de cada uno de ellos no pueden estar coligadas, por lo cual es preciso independizarlas para generar mayor seguridad. (Sánchez y Quicaño, 2011).

En línea con lo indicado anteriormente, en el ámbito del comercio internacional, aparecen exigencias que no se producen con la misma intensidad en el comercio interior. En primer lugar, la competencia en estos mercados es especialmente dura, vista desde la perspectiva del vendedor, quien se ve obligado a conceder créditos a plazos normalmente amplios. En segundo lugar, los créditos concedidos por el exportador extranjero exigen unas garantías especiales de pago. La falta de pago en las relaciones derivadas del comercio exterior tiene graves consecuencias para el exportador, y no sólo porque, frecuentemente, el exportador, para poder conceder crédito al importador, ha debido endeudarse ampliamente, sino también, porque el acreedor se ve obligado a litigar para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación en un país extranjero. Así, el vendedor que opera en el comercio internacional siente la necesidad de asegurarse ante el incumplimiento por parte del comprador, apareciendo la garantía bancaria como una de las máspreciadas formas de protegerse contra el riesgo de impago, en el que influyen, además de la causa normal de la insolvencia del deudor, otras especiales, como pueden ser una variación en la legislación sobre el control de cambios, la alteración profunda del valor de la moneda, causas de orden político, etc. De ahí que surjan diversas modalidades de garantías que los bancos ofrecen a sus clientes. (Sánchez Calero, 1996).

A diferencia de la fianza tradicional u ordinaria, las *garantías a primer requerimiento*, entre ellas la carta fianza¹, se caracterizan por el *principio de independencia o autonomía* respecto de la relación subyacente que garantiza, por lo que carecen de la nota de *accesoriedad y subsidiariedad*. En otras palabras, la obligación que asume el garante es distinta de la del deudor, en la medida que aquel no cumple “en lugar de” o “por el deudor”, sino que únicamente se obliga a pagar cuando el acreedor le reclame, de acuerdo a los términos de la garantía, permaneciendo, en consecuencia, ajeno a la relación subyacente. (Ortiz, 2003). Inclusive, para algún sector de la doctrina

¹ Conviene precisar que la carta fianza es una garantía a primer requerimiento, cuya emisión no es exclusiva de las entidades bancarias, sino que, como ocurre en el caso peruano, puede comprender a otras instituciones reguladas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, como las empresas de seguros. Más adelante, se abordará este tema con un poco más de detalle.

española, es posible que la garantía exista, aunque la operación asegurada no concluya todavía un verdadero contrato o el contrato en que se cristalice sea nulo (Serrano, 1999).

Por otra parte, este tipo de garantías tienen como rasgo importante el de su reclamación *a primera demanda* o *a primer requerimiento*, lo que facilita su utilización en el tráfico y su éxito en el comercio internacional. La cláusula que se inserta en el contrato hace que al beneficiario de la garantía le baste presentar una simple demanda o pedido de pago al emisor para que se haga efectiva la garantía, acompañando, en algunos casos, el documento mismo (la póliza de seguros, por ejemplo) u otras certificaciones (Ortiz, 2003).

De todo lo dicho hasta el momento, se puede afirmar que, en las *garantías a primer requerimiento* o *a primera demanda*, el garante (generalmente, un banco) asume una obligación autónoma y automática de pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía, tan pronto como este último se lo exija, sin que el garante tenga la posibilidad de oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor (beneficiario) y el deudor (ordenante). Así pues, el elemento desencadenante de la ejecución de la garantía no viene dado por el incumplimiento del deudor garantizado, sino por el requerimiento del acreedor, respetando la formalidad prevista en el contrato, por lo que no podrá exigirse la prueba del incumplimiento de la obligación principal. Ello, sin perjuicio de que el garante, *a posteriori*, repita contra el deudor lo pagado al beneficiario.

Sin perjuicio de lo anterior, en la dinámica de la ejecución de las garantías *a primer requerimiento* podrían producirse abusos en el cumplimiento de la garantía por la simple reclamación del beneficiario, produciéndose un conflicto de intereses. Por un lado, con esta figura, se pretende asegurar a los beneficiarios un rápido cobro de las garantías; pero, por otra parte, surge la necesidad de protección de reclamaciones abusivas. Piénsese, por ejemplo, en la prescripción de la deuda principal, o que el deudor ha cumplido con su obligación de dar, hacer o de no hacer, pero el beneficiario se encuentra insatisfecho y reclama; o que exista una sentencia con autoridad de cosa juzgada que declaró la nulidad del contrato principal; o que el reclamo se efectúa después de haber tenido lugar la recepción o aceptación definitiva de la obra, etc.

Frente al panorama descrito en el párrafo anterior, materializado en una reclamación de pago injustificada del beneficiario de la garantía, es que asistirían al garante

(generalmente, un banco) una serie de excepciones para no efectuar el pago exigido. Por excepciones del garante, siguiendo a Sánchez Calero (1996), se entiende a

[l]as manifestaciones de su derecho de negar el pago de la garantía porque existe un hecho impeditivo o extintivo o un contra derecho frente a la pretensión del acreedor de la garantía. Esas manifestaciones pueden consistir en demostrar que el beneficiario no tiene derecho a reclamar y cobrar la garantía o que el banco no tiene obligación de pagar por estar dispensado de su cumplimiento (Sánchez Calero, 1996: 53).

En un escenario de ejecución, podría ocurrir que el acreedor pretenda que el garante lleve a cabo el pago sin que se hayan producido las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de la garantía, situación que configuraría una reclamación fraudulenta o abusiva del beneficiario, frente a lo cual, el garante podría valerse de la llamada *exceptio doli*, la cual se plantea ante una actuación dolosa que suele traducirse, de acuerdo con Sánchez Calero, en

[l]a presentación injustificada de la reclamación o en la falsificación de los documentos que se hubieran establecido en el contrato. Nos encontramos ante supuestos de reclamaciones fraudulentas, es decir, aquellas en donde existe una conducta insidiosa del beneficiario tendente a que el banco lleve a cabo el pago de la garantía, sin que se hayan producido las circunstancias que configuran el supuesto garantizado (Sánchez Calero, 1996: 55).

Cabe situar a la *exceptio doli* dentro de aquellas que provienen de la relación existente entre el garante y el beneficiario, relación autónoma e independiente de las que pudieran existir entre el banco garante y el ordenante de la garantía, las mismas que no podrían ser utilizadas por el garante para excusarse del pago, en la medida que no le corresponden. Es en este último punto donde se encuentra una diferencia sustancial entre la carta fianza y la fianza ordinaria o común.

Si bien el análisis de la presente tesis se centrará en la *exceptio doli*, se abordarán brevemente otras excepciones derivadas de la relación entre el garante y el beneficiario, a efectos de concluir si también es posible o no aplicarlas en el ordenamiento jurídico peruano.

Ahora bien, la consideración de las excepciones debe ser admitida con reservas, a fin de evitar que un reconocimiento excesivo de excepciones en favor de la institución garante desvirtúe la función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias como compromisos independientes de la obligación principal. La función y finalidad de este tipo de garantías constituyen la principal razón para defender una interpretación

restrictiva de las excepciones que le asisten al banco. De no ser así, la eficacia de las garantías autónomas o independientes resultaría seriamente cuestionada (Sánchez Calero, 1996).

Finalmente, conviene precisar que el presente trabajo se limita a analizar las implicancias de la *exceptio doli* (y otras excepciones provenientes de la relación entre el garante y el beneficiario, en general) en la ejecución de la carta fianza, aunque existen otro tipo de garantías *a primera demanda* o *a primer requerimiento*, como son la póliza de caución o el *standby*, que no serán materia del presente estudio.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES.

1.1 Las garantías a primer requerimiento. Su ubicación dentro de las garantías personales y definición.

Como tema previo, conviene precisar que las garantías *a primer requerimiento* o *a primera demanda* se sitúan en el grupo de las denominadas *garantías personales*. Sobre estas últimas, opina Joaquín Garrigues que, pese a la importancia que tiene la garantía real en el ámbito de las operaciones bancarias, la primera garantía que busca el banco es la garantía personal, fundada en condiciones de seriedad y honorabilidad del cliente, en su reputación de buen pagador, por eso no resulta extraño que los bancos, además de buscar información respecto de la solvencia moral de su cliente, se informen también de su solvencia material, pidiéndole por ejemplo una declaración comprensiva de todos sus bienes y de los medios económicos con los que cuenta para poder pagar (Garrigues, 1958). Por su parte, Daniel Puémape, refiriéndose al caso de la carta fianza bancaria, afirma que las *garantías personales* suponen la participación de una tercera persona distinta al deudor que se obliga frente al acreedor a responder con su patrimonio en caso de incumplimiento. Es decir, las *garantías personales* comprometen el íntegro del activo del garante, pero la obligación de éste no puede ser más gravosa que la del deudor principal. En cambio, las *garantías reales* no afectan la totalidad del patrimonio del deudor sino a un bien específico designado por las partes para tal efecto (Puémape, 2013). En conclusión, en caso de incumplimiento, las *garantías personales* afectan el íntegro del patrimonio del deudor o garante, mientras que, en el caso de las *garantías reales*, las mismas recaen sobre un bien específico, que le permita al acreedor tener preferencia en el cobro.

Efectuada la precisión contenida en el párrafo anterior, las garantías *a primer requerimiento* o *a primera demanda* pueden ser definidas como aquellas garantías atípicas de carácter personal, por las que el garante (generalmente, un banco) se compromete, de modo autónomo y automático, a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía, ante el simple requerimiento de pago de este último, dentro del plazo fijado en el texto de la mencionada garantía y contra la presentación de determinada documentación.

Una definición similar, ya se encontraba en la *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente* (Naciones Unidas, 1997), cuyo numeral 1 de su artículo 2° señala:

“Para los fines de la presente Convención, una promesa es una obligación independiente, conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente, asumida por un banco o alguna otra institución o persona (“garante/emisor”), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación (...)”.

En el mismo sentido, Ortiz Herbener ha indicado que, desde el punto de vista bancario, “[l]os contratos autónomos de garantía, a primera demanda, son contratos por los que el banco garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero” (Ortiz, 2003: 227). Respecto a la mención que el autor realiza a la relación jurídica con un tercero, si bien el presente documento se referirá a este punto más adelante, es importante anotar que el elemento desencadenante para la ejecución de la garantía es el requerimiento del acreedor y no el incumplimiento del deudor.

Finalmente, Serrano Escribano ensaya una definición de esta clase de garantías como “aquellas en las que un garante, atendiendo las instrucciones de un cliente (principal) o de otra parte ordenante, se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero a un tercero (beneficiario) cuando éste lo reclame. La garantía así constituida quedará sujeta a una reclamación bien de simple demanda o de demanda documentaria” (Serrano, 1999: 284).

1.2 La fianza ordinaria o tradicional. Consideraciones relevantes sobre su tratamiento legal en el Código Civil peruano.

El primer párrafo del art. 1868° del Código Civil peruano (en adelante, “**CC**”) señala que:

“Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor”.

Del concepto recogido en el CC, se infiere que dicho cuerpo normativo ha clasificado a la fianza como un contrato de garantía, que contiene una obligación de hacer,

consistente en cumplir una determinada prestación, en defecto o incumplimiento de una obligación ajena.

De la definición mencionada anteriormente, vale la pena rescatar dos cuestiones. La primera de ellas es que, si bien la fianza fue inicialmente pensada y diseñada para garantizar obligaciones de dar (en particular, de dar sumas de dinero), actualmente, esta garantía se utiliza sin problema también en obligaciones de hacer e incluso también en obligaciones de no hacer (Gutiérrez, 2007).

La otra cuestión relevante es que la fianza es una garantía personal que tiene como principal propósito coberturar el incumplimiento de obligaciones dinerarias. Siguiendo nuevamente a Gutiérrez Camacho, todo contrato lleva implícito el riesgo de incumplimiento, para lo cual el Derecho ha diseñado todo un conjunto de figuras y mecanismos legales asegurados a enderezar el cumplimiento. Un grupo de estos mecanismos son las llamadas garantías personales, siendo la más importante de ellas la fianza, que tiene como principal propósito coberturar el incumplimiento de obligaciones dinerarias (Gutiérrez, 2007). En la misma línea, Barchi Velaochaga, afirma que

[e]n virtud del contrato de fianza se constituye, al lado de una regulación obligatoria entre dos (o más) sujetos (el deudor principal y el acreedor), una relación jurídica en la que un tercero (fiador) se obliga personalmente frente al acreedor de esa otra relación con el fin de reforzar el interés del exacto cumplimiento de la obligación ajena. El fiador, entonces, garantiza, el cumplimiento de la obligación ajena (Barchi, 2009: 34).

De lo señalado anteriormente, se colige que, en la fianza, existen dos relaciones obligatorias: (i) la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor, que vendría a ser la *obligación garantizada*; y, (ii) la relación obligatoria entre fiador y acreedor, llamada *relación de fianza*. La relación de fianza se presenta como accesorio de la obligación garantizada, la que, por tanto, sería la obligación principal. Esta –la *accesoriedad*– es una característica esencial de la fianza ordinaria o común y una que la distingue de la carta fianza, de la que se hablará más adelante. El hecho de que la fianza sea *accesoria* se plasma en tres reglas:

- (i) La fianza no es válida, sino es válida la obligación principal, regla que se encuentra recogida en el artículo 1875° CC;
- (ii) El fiador puede hacer valer frente al acreedor todas las excepciones oponibles por el deudor principal, disposición contemplada en el artículo 1885° CC; y,

- (iii) La fianza no puede exceder de aquello que es debido, ni puede ser prestada en condiciones más onerosas. Sobre este último punto, el artículo 1873° CC, dispone textualmente:

“Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor”.

La posibilidad de que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor hace alusión a la mayor seguridad que puede brindar la obligación del fiador, esto es, a la facultad de que éste preste mayores garantías que el fiado, como por ejemplo, a través de la constitución de una garantía mobiliaria o hipoteca o la contratación de un seguro, los mismos que serán ejecutados en caso el deudor fiado no honrase su deuda u obligación (Revoredo, citada por De los Ríos, 2008).

En caso se produjese el exceso señalado, el artículo 1874° CC establece que la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal.

La otra característica inherente a la fianza ordinaria es la llamada *subsidiariedad*, que supone la carga que recae sobre el acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación al deudor principal, antes de poder dirigirse contra el fiador. Ello no supone la carga de proceder ejecutivamente contra el deudor principal, sino únicamente requerir el cumplimiento al deudor originario, y si éste no tiene resultado alguno, entonces existe la posibilidad de volverse contra el fiador. Cabe precisar, que el requerimiento contra el deudor principal podría ser omitido y, por tanto, podría el acreedor dirigirse directamente contra el fiador, si el deudor se encuentra en la imposibilidad jurídica de cumplir, por ejemplo, cuando haya quebrado (Barchi, 2009).

Es importante aclarar que *subsidiariedad* no es lo mismo que el beneficio de excusión, pues la primera subsiste aunque la fianza se organice con renuncia al mencionado beneficio. El fiador siempre estaría vinculado *in subsidium* y, si bien la *subsidiariedad* es más clara cuando el fiador goza del beneficio de excusión, este beneficio no es condición esencial de la *subsidiariedad*, en cuanto el fiador privado de dicho beneficio está obligado a pagar si al vencimiento de la obligación garantizada, el deudor principal no le ha pagado al acreedor (Díez-Picazo, 1996).

En el caso peruano, la *subsidiariedad* aparece recogida en el primer párrafo del artículo 1868° CC, el mismo que reza:

“Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor”. (El subrayado es agregado).

Finalmente, cabe precisar que la fianza no es siempre subsidiaria, lo que sucede cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor principal (Barchi, 2009).

Estando a lo explicado anteriormente, siguiendo a Arce Gargollo, puede señalarse como principios que rigen la fianza tradicional, los siguientes

[s]e trata de una garantía accesorio, que no puede existir sin una obligación válida; el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal; la responsabilidad del fiador puede ser de un hecho o de una cantidad de dinero; el fiador puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de la obligación principal; los beneficios de orden y de excusión del fiador son renunciabiles (generalmente, se renuncian contractualmente), y la extinción de la obligación del deudor extingue la fianza (Arce, 1996: 98).

1.3 La Carta Fianza.

1.3.1 Antecedentes Históricos.

De acuerdo con la introducción del presente trabajo, la normativa del contrato de fianza tradicional resulta insuficiente para asegurar los elevados riesgos económicos que implican grandes obras de construcción, importación de tecnología, compraventas internacionales, entre otros. La fianza ordinaria es escasamente funcional en estructuras transaccionales de gran complejidad y en el ámbito del comercio internacional, en donde se necesitan garantías adecuadas para tal fin. Los empresarios son muy sensibles al aspecto seguridad en sus transacciones y necesitan utilizar instrumentos jurídicos que les aseguren, de la mejor manera posible, el buen fin de sus negocios. No debe perderse de vista que, cuando las partes vinculadas a un negocio se conocen sólo superficialmente, sus establecimientos se encuentran muy alejados, los sistemas jurídicos relevantes son distintos, los foros judiciales dispares, es absolutamente prioritario utilizar instrumentos jurídicos de probada eficacia que minimicen tales riesgos (Aramendia, 1996). En resumen, son las necesidades del tráfico comercial internacional y la aparición de nuevas realidades económico-financieras las que han dado lugar a un nuevo tipo de garantía,

denominada *garantía autónoma, independiente o garantía a primera demanda* (Serrano, 1999).

En un primer momento, las transacciones internacionales tenían cortos periodos de ejecución o eran de ejecución instantánea (*self-liquidating*), y normalmente, se basaban en contratos de compraventa de materias primas y suministros. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, las transacciones internacionales se volvieron más complejas y se ampliaron tanto las modalidades contractuales utilizadas, como los periodos de ejecución, situación que supuso un incremento de los riesgos para el acreedor internacional (que se identifica normalmente con el vendedor exportador).

El desarrollo de este tipo de garantías también se vio impulsado por el crecimiento económico de los países de Oriente Medio, debido a que, en la década de los 70, se produjo un retroceso en el crecimiento económico de las potencias occidentales, lo que, aunado a la crisis del petróleo, facilitó que los países del Golfo Pérsico aumenten sus ingresos financieros y hagan sentir su posición dominante como grandes exportadores de petróleo. En este escenario, los países árabes emergentes, gracias a la liquidez de tesorería generada por la explotación del petróleo, asumen el papel de compradores y empiezan a contratar con empresas occidentales para la puesta en marcha de grandes proyectos de industrialización, a las que se les exigiría el aseguramiento de la correcta ejecución de los proyectos, a través de la emisión de garantías independientes. (San Juan, 2004).

En términos generales, las *garantías a primer requerimiento* se han venido utilizando en la contratación internacional desde hace ya largo tiempo. Su difusión ha sido especialmente apreciable en aquellos mercados en los que las grandes compañías exportadoras o de obras públicas de países industrializados han suministrado bienes de equipo o de consumo o han llevado a cabo grandes obras para naciones en vías de desarrollo o para empresas establecidas en ellos. De este modo se explica que esta clase de garantías sean especialmente conocidas en países de gran relevancia en el comercio internacional, como Francia, Estados Unidos o Alemania, mientras que han aparecido en la práctica bancaria de otros países sólo más recientemente (Díaz, 1996).

1.3.2 Definición y características principales.

Siguiendo a Cecilia Vargas, la carta fianza bancaria es

[a]quella garantía otorgada por una entidad financiera a favor de un tercero, a solicitud de su cliente, por la cual el banco se compromete, ante el eventual

incumplimiento de las obligaciones asumidas por el afianzado, a abonar al tercero una determinada cantidad de dinero, convirtiéndose automáticamente en acreedor directo de su cliente de llevarse a cabo el citado desembolso (Vargas, citada por Puémape, 2013: 577).

En estos casos, en vez de consistir en una transferencia directa de poder adquisitivo por parte del banco a su cliente, implica asumir el riesgo del eventual incumplimiento de una obligación dineraria o no, pero tasada en dinero, a cargo del cliente. Como resulta previsible, la entidad financiera otorgará la citada garantía bancaria, a pedido de su cliente y a favor de un tercero, a cambio de una contraprestación, la cual se verá reflejada en el pago de una comisión (intereses y tasas), cuyo monto se determinará en función de la suma garantizada y del periodo de vigencia de la garantía (Puémape, 2013).

Por su parte, Sánchez Calero afirma que el banco puede exigir inclusive una contragarantía a su cliente (ordenante de la garantía), que podría ser de distinta naturaleza y que representa una consecuencia directa del carácter profesional de la concesión de estas garantías, estando estas últimas estrechamente vinculadas, además, con la confianza que el banco tenga en la persona del ordenante y con el análisis de riesgos que para el banco depare dicho negocio (Sánchez Calero, 1996). En esa línea, no resulta extraño que los bancos efectúen un estudio de riesgo crediticio que implique dicha operación financiera, con el objeto de determinar la necesidad de requerir o no a su cliente la entrega de garantías colaterales o contragarantías a su favor, a fin de asegurar la recuperación del desembolso, tomando en consideración aspectos como la capacidad de endeudamiento del cliente, su trayectoria crediticia, el importe de la garantía solicitada, la vigencia de la garantía, entre otros (Puémape, 2013).

Si bien la ejecución de la carta fianza bancaria está pensada para los casos en que se haya producido un incumplimiento del deudor garantizado², en realidad, la mencionada ejecución se produce solamente con el requerimiento de pago por parte del beneficiario, independientemente de que se haya producido o no el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, hecho cuya verificación no es exigible para proceder con el pago de la garantía, no resultando posible, además, que las excepciones propias de la relación

² Así, Serrano Escribano si bien reconoce el carácter independiente de las garantías a primera demanda, afirma que no se puede hablar de una abstracción total de la causa, ya que, se mantiene siempre una cierta conexión entre la obligación del garante y la obligación principal. (Serrano, 1999). Una opinión similar sostiene Daniel Puémape, quien afirma que toda garantía tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación propia o ajena, por la cual, ante un eventual incumplimiento del deudor principal, el acreedor quedará legitimado para accionar contra su cliente a fin de satisfacer su crédito. En ese sentido, la carta fianza es una garantía otorgada por una entidad financiera para responder por el incumplimiento de una obligación ajena, es decir a cargo de su cliente. (Puémape, 2013).

entre el deudor (cliente del banco) y acreedor (beneficiario de la garantía) sean oponibles por el banco garante ante el requerimiento de pago.

Por otro lado, es importante dejar en claro que la carta fianza no debe ser confundida o asimilada con la fianza regulada en el Código Civil³, en la medida que esta última es un contrato típico, con regulación legal en el derecho positivo, a diferencia de la primera, que carece de regulación sistemática nacional, aunque, como se verá más adelante, es un mecanismo de reducción de riesgo muy usado tanto en el ámbito privado, como público, por lo que no sorprende encontrar algunas menciones, como por ejemplo, en la normativa del sector financiero (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [en adelante, “**SBS**”]) o en la de contrataciones con el Estado.

De todo lo señalado anteriormente, puede definirse a la *carta fianza* como una garantía atípica, originada en la autonomía de la voluntad, a través de la cual la entidad financiera garante se compromete de modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía, contra el simple requerimiento de este último (o previa presentación de determinados documentos), sin que pueda la institución financiera garante oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor (beneficiario) y el deudor (cliente de la entidad financiera u ordenante).

Resulta oportuno clarificar que no existe impedimento alguno para que las cartas fianza, con las mismas características que las emitidas por los bancos, puedan ser otorgadas por las compañías de seguros⁴. En este sentido, conviene citar a Rivadeneyra Sánchez quien señala: “Con relación a la cuestión de si sólo las entidades bancarias o financieras pueden emitir cartas fianza, no existe norma alguna que así lo disponga, salvo las particularidades de la Ley de Banca (...). (Rivadeneyra, 1996: 188).

Debe tenerse en cuenta que las cartas fianza se rigen por el *principio de literalidad*, por lo que primará siempre lo consignado en su texto. Eso quiere decir que es imprescindible que el tenor en alusión contenga de manera explícita la mención de que se trata de una fianza a simple requerimiento, incondicional, irrevocable y de realización

³ Algunos autores incurren en esta confusión, al señalar que la carta fianza bancaria tiene las mismas características, limitaciones y naturaleza de cualquier otra fianza (De los Ríos, 2008; Northcote, 2011).

⁴ Al respecto, Daniel Chávez, Gerente Adjunto del área de Caucciones y Finanzas de “La Positiva”, afirma que el gran problema que atraviesa el mercado de finanzas es que muchos piensan que las cartas fianza sólo pueden ser emitidas por un banco, cuando las mismas pueden ser emitidas por las compañías de seguros, con las mismas características y condiciones a las de aquel, aunque reconoce que falta un mayor acercamiento por parte de las aseguradoras a los potenciales clientes empresariales. Chávez, D. (2018) *Cartas fianza: ¿Por qué es importante que una empresa tenga este instrumento?* <https://gestion.pe/economia/empresas/cartas-fianza-importante-empresa-tenga-instrumento-142673> (18/08/2018; 09:21h).

automática, para que al documento en cuestión se le apliquen las disposiciones de las *garantías a primer requerimiento*. Ello se sustenta en el mismo texto de la Circular N° B-2101-2001, “Establecen precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías”, del 19 de octubre de 2001 (en adelante, la “**Circular**”), cuyo numeral 5.2 reza:

“Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito (...)”
(El subrayado es agregado).

En el tráfico internacional, la inclusión de la cláusula “*a primer requerimiento*” u otra análoga es considerada como índice de la independencia de la garantía, en la medida que el garante debe pagar en cuanto reciba la reclamación del beneficiario sin demora, ni entorpecimiento alguno (Díaz, 1996). Pero, como señalan algunos autores, la expresión *a primer requerimiento* u otras análogas no es exclusivo de las garantías personales, sino que es susceptible de aplicación universal; es decir, que todas las obligaciones de pago (las del comprador, inquilino, prestatario, etc.) pueden ser pactadas *a primer requerimiento* y ello no comportaría que el tipo contractual deje de ser el que es para convertirse en un contrato de garantía atípico. De hecho, en los modelos contractuales actuales puede notarse una acentuación de este fenómeno, sobre todo cuando el acreedor puede imponer su punto de vista en el contrato, como por ejemplo en los contratos de depósito-garantía (*escrows*), en donde es esencial, para mantener la garantía del acreedor, que el depósito sea restituible *a primer requerimiento* de éste (Carrasco, Cordero y Marín, 2002).

A continuación, se explicará brevemente las características más importantes de la carta fianza.

1. Forma escrita.

Al igual que la fianza común⁵, y a pesar de no existir norma expresa, se entiende que la carta fianza se formaliza por escrito y, en tal sentido, acata el *principio de literalidad*, como se anotó líneas atrás (Rivadeneira, 1996). Algo similar sucede en la práctica

⁵ Art. 1871° CC: “La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”.

bancaria española, donde por prudencia, se utiliza también la forma escrita (Sánchez y Quicaño, 2011).

En realidad, la exigencia de la forma escrita obedece a que sería la única forma de demostrar los alcances de la obligación asumida por el garante, la cual se ciñe estrictamente al tenor literal de lo consignado en la garantía. Aquello que no cuente con el sustento correspondiente, no podrá ser considerado como parte de la mencionada obligación.

2. Origen Convencional.

En segundo lugar, esta garantía tiene su origen en la *autonomía de la voluntad*, siempre que las partes, al determinar su contenido, no vulneren normas legales de carácter imperativo (art. 1354° CC). Así lo precisa Serrano Escribano al afirmar que se trata de un derecho convencional, que necesita del consentimiento de los particulares, pudiendo las partes optar por derogar cualquier aspecto mediante una estipulación incluida en la garantía o en un documento posterior a la conclusión de la misma, siendo reflejo del principio de libertad contractual (Serrano, 1999). En el ámbito nacional, Daniel Puémape asegura que los términos de la carta fianza bancaria depende de lo acordado por las partes, es decir, por las condiciones incorporadas en el documento (Puémape, 2013).

Ahora bien, es importante precisar que, si bien la carta fianza bancaria proviene del acuerdo entre la institución financiera garante y su cliente a cambio de una contraprestación, este tipo de garantía consiste en una *declaración unilateral* de dicha institución, por el cual garantiza a un tercero el pago de una suma de dinero ante un eventual incumplimiento de la obligación asumida por su cliente. Por eso, algunos autores afirman que, en puridad no se trataría de un verdadero contrato de fianza, sino una obligación proveniente de la voluntad unilateral (Arias y Cárdenas, citados por Rivadeneyra, 1996). Una postura similar tiene Díaz Moreno, quien señala que la obligación del garante deriva de un negocio jurídico unilateral, por lo que dicha obligación nace desde el momento mismo de su declaración negocial, la misma que no requiere ser recibida por el destinatario para ser eficaz, por lo que puede ser calificada como *no recepticia* (Díaz, 1996). Refiriéndose al caso de las garantías *a primer requerimiento* en el ordenamiento español, algunos autores afirman que este tipo de garantías no son un contrato, sino una fórmula de pago, susceptible de ser utilizada en

una pluralidad de contratos, por lo que su interpretación no debe ser típica, de manera que se establezca una consecuencia necesaria por el solo hecho de la presencia de la fórmula de pago *a primer requerimiento*, sino que habrá que atender al contexto en el que dicha fórmula se emita y de su relación con otras cláusulas del contrato, así como los actos previos y posteriores de las partes (Carrasco, Cordero y Marín, 2002).

Estando a lo anterior, en la práctica, los textos de las cartas fianza bancarias no cuentan con la intervención del deudor (cliente del banco), bastando su suscripción por la entidad financiera, que es finalmente el garante ante el incumplimiento de su cliente. Por esa razón, Rivadeneyra Sánchez afirma que la denominación de “carta fianza” deriva precisamente del hecho de que el documento guarde similitud con el de una carta (Rivadeneyra, 1996).

No obstante lo indicado anteriormente, lo cierto es que en la práctica peruana se acostumbra aplicar a la carta fianza bancaria algunas normas del contrato de fianza típico. Muestra palpable de ello es que los modelos de carta fianza bancaria vigentes contienen referencias al CC, pese a que se trata de figuras distintas⁶.

3. Garantía atípica.

La carta fianza es una garantía *atípica*, delimitada por lo que las partes acuerden, según lo señalado anteriormente. En palabras de Ortiz Herbener, es un “[c]ontrato atípico, cuya licitud se apoya en el principio de libertad de pactos y por ende sometido a la disciplina convencional pactada inter partes y supletoriamente a las normas del derecho común” (Ortiz, 2003: 227). Por su parte, Serrano Ecribano agrega que se trata de una garantía que se ha impuesto por el uso y ha sido reconocida por la jurisprudencia, pero su naturaleza es discutida y sus contornos imprecisos (Serrano, 1999). En el caso peruano, Vargas Llaury también considera a la carta fianza bancaria como una garantía atípica (Vargas, citada por Puémape, 2013).

Esta característica se contrapone con lo que sucede en la *fianza común* u *ordinaria*, la misma que es considerada como un contrato típico, regulada en el Título X de la

⁶ Rivadeneyra Sánchez afirma que, en la práctica peruana, se acostumbra conferirle un tratamiento a la figura (carta fianza bancaria) en función de las normas del contrato de fianza (Rivadeneyra, 1996). Sin embargo, dicha afirmación es inexacta, en la medida que sólo algunas disposiciones del contrato de fianza común –y no todas– le son aplicables a la fianza materia del presente trabajo. Caso contrario, podría llegarse al absurdo de equiparar ambas figuras. Este mismo planteamiento puede inferirse del numeral 5.1 de la Circular que señala: “*Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII “Fuentes de las Obligaciones”, con las particularidades establecidas por la Ley General (Ley de Bancos) y la presente Circular*”. (El subrayado es agregado).

Sección Segunda (Contratos Nominados) del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del CC.

Ahora bien, la Ley N° 26702 (en adelante, “**Ley de Bancos**”) hace mención a este tipo de garantía en el numeral 6 del artículo 221°, al contemplarlas como una de las operaciones y servicios que pueden realizar las empresas del sistema financiero⁷. Siendo todavía más específicos, el numeral 5.1 de la Circular señala que este tipo de garantías se rigen por las disposiciones de la fianza común, contenidas en el CC, con las particularidades de la Ley de Bancos y de la Circular. En relación a la remisión a la normativa del CC, Rivadeneyra Sánchez anota que

[l]as cartas fianza, como tales, carecen de regulación normativa específica, siendo remitidas usualmente a las disposiciones del Código Civil sobre el contrato de fianza (arts. 1868 al 1905) a pesar de que éste, además de gozar de un tratamiento legislativo especial, puede ser entendido -como contrato que es- sólo en tanto exista la confluencia de voluntades entre el acreedor y el fiador, en tanto que las “cartas fianza” tienen un origen manifiestamente distinto (Rivadeneyra, 1996: 183).

Más adelante, se analizará con detenimiento las principales disposiciones que tanto la Ley de Contrataciones con el Estado, como su reglamento, contienen sobre esta garantía.

4. Solidaria.

En virtud de esta característica, el garante no tiene derecho al *beneficio de excusión*, por lo que el acreedor o beneficiario de la garantía podrá exigir a la entidad financiera garante el cumplimiento íntegro de la obligación, siendo requerida a pagar sin necesidad de que el acreedor haya accionado previamente contra el deudor (cliente de la entidad financiera) para que honre su obligación (Puémape, 2013). Ello constituye una notoria diferencia con la *fianza tradicional o común*, pues en esta última, el artículo 1879° CC señala que el fiador goza del *beneficio de excusión*, por lo que se aprecia que la norma sustantiva ha previsto como regla general que el fiador no pueda ser compelido a pagar al acreedor, sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor, por lo que, en este caso, resulta necesario que el fiador renuncie expresamente a dicho beneficio para que la deuda pueda cobrarse a él directamente.

⁷ Artículo 221° Ley de Bancos: “Las empresas podrán realizar las siguientes operaciones y servicios, de acuerdo a lo dispuesto por el capítulo I del Título IV de esta sección segunda:
(...)”

6) Otorgar avales, fianzas y otras garantías, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero.”

Finalmente, en el campo regulatorio, cabe precisar que, en la carta fianza, por disposición expresa del numeral 5.2 de la Circular, se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al *beneficio de excusión*.

5. Irrevocable.

Esta característica responde a la necesidad de seguridad en las distintas transacciones económicas respaldadas por esta garantía, por lo que una vez otorgada, no podrá dejarse sin efectos la declaración de voluntad emitida por la entidad financiera o bancaria, ni el deudor (cliente del banco) podrá pedir su revocación dentro del plazo de la garantía (Puémape, 2013).

Algunos autores relacionan la cuestión de la revocabilidad (o irrevocabilidad) de la garantía con la fuente de la obligación del garante: un negocio jurídico unilateral o negocio bilateral. En ese sentido, de acuerdo con los principios generales, una oferta contractual es revocable hasta el momento de la aceptación, salvo que hubiera sido emitida como irrevocable. En cambio, el criterio general para las declaraciones de garantía es la irrevocabilidad (Díaz, 1996).

De lo anterior, se infiere que la carta fianza, en tanto *declaración unilateral no recepticia*, una vez emitida por la entidad financiera garante, produce todos sus efectos, no pudiendo ser revocada durante el plazo consignado en el documento.

6. Incondicionada.

En virtud de esta característica, la eficacia, así como la realización o ejecución de las cartas fianza no se encuentran sujetas a la verificación de condición alguna, salvo pacto expreso distinto (Rivadeneira, 1996; Puémape, 2013).

Este rasgo de la garantía analizada aparece recogido en el numeral 5.2 de la Circular:

“(...) En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago (...)”. (El subrayado es agregado).

7. De realización automática.

La carta fianza debe hacerse efectiva al primer requerimiento, el mismo que se materializa por vía notarial⁸. Sobre el particular, es precisa una sentencia de la Corte Suprema que, a través de la Casación N° 731-00, Lima, del 16/10/2000, estableció:

“La carta fianza es un documento que contiene una obligación de carácter solidario, incondicional, irrevocable y de realización automática, que debe ejecutarse sin más requisitos que el requerimiento notarial, y de cuya ejecución surge el derecho del fiador a subrogarse en el lugar del acreedor y exigir la satisfacción de su crédito frente al deudor, en tanto que éste se ha quedado liberado de su obligación por efecto del pago realizado por aquel.” (El subrayado es agregado).

Normalmente, los textos de la carta fianza suelen remitirse al artículo 1898° CC⁹, incorporando que el requerimiento de pago deba efectuarse por vía notarial o, si se quiere, por la vía judicial. El mencionado requerimiento puede realizarse hasta los quince (15) días siguientes a la expiración del plazo contenido en el texto de la garantía, por lo que pasado dicho plazo, la institución financiera garante quedará liberada de su obligación de pago.

Cabe mencionar que, uno de los usos y costumbres de este tipo de garantías, es incluir en su texto la entrega de cierta documentación, de manera conjunta con el requerimiento notarial o judicial, como por ejemplo, el texto original de la garantía. Sin embargo, la presentación de esta documentación complementaria no debe ser entendida como una obligación del acreedor o beneficiario en sentido estricto, sino una carga impuesta por el deber de diligencia. Por eso, no le falta razón a Sánchez Calero cuando afirma que

[e]sta es una condición cuyo cumplimiento compete única y exclusivamente al beneficiario, teniendo como consecuencia que si no la satisface, el banco estará plenamente legitimado para abstenerse de pagar la garantía, pero no sobre la base del incumplimiento de una teórica obligación por parte del beneficiario, sino como consecuencia de que la reclamación presentada por éste es incompleta y por tanto no debe ser atendida. Cabe pues considerar que la presentación de documentos por el beneficiario es un supuesto de imposición al acreedor de una carga de diligencia (Sánchez Calero, 1996: 46).

Por otro lado, el examen de los documentos y de la reclamación debe ceñirse únicamente a aspectos puramente formales y externos, por lo que el banco no debería entrar a determinar la validez intrínseca de los documentos, bastando que estos últimos correspondan, en apariencia o en su forma externa, con las cláusulas y condiciones de la

⁸ Sánchez Calero hace mención de la ponencia del profesor Rivadeneyra quien, en relación con el derecho peruano, informa que las prácticas de las cartas fianza muestran la necesidad de que el requerimiento de pago se efectúe por vía notarial o judicial por parte del acreedor o beneficiario (Sánchez Calero, 1996).

⁹ Art. 1898° CC: “El fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, o abandona la acción iniciada.”

garantía (Díaz, 1996). Ello, debido a la naturaleza misma de la carta fianza, que debe ser pagada sin demora, ni entorpecimiento alguno, salvo el supuesto de fraude o mala fe, que se desarrollará más adelante.

No obstante lo señalado anteriormente, en contra de la forma notarial o judicial del requerimiento de pago, algunos autores sostienen que, sin perjuicio de la cuestión probatoria que dichas formalidades suponen, lo sustancial es el mismo requerimiento para el pago de la garantía *a primera demanda*, el mismo que puede verificarse verbalmente, como también por comunicaciones escritas cursadas por conductos distintos al notarial o judicial, por lo que las mencionadas formalidades carecen de justificación, máxime si se considera que el cumplimiento de las mismas genera una serie de costos a los beneficiarios de la garantía, lo cual, termina, en algunos casos, desalentando su utilización (Rivadeneira, 1996). Esta postura, en algún momento, tuvo aceptación por la Corte Suprema, en la sentencia del 28 de junio de 1991, recaída en el expediente N° 1842-84, la cual estableció:

“(...) si bien la fianza como contrato de garantía es eminentemente formal, el uso del requerimiento notarial para su ejecución dentro del término convenido, debe entenderse como una forma de asegurar la veracidad de dicho requerimiento ante una supuesta negativa del obligado; pero de ninguna manera podría exigirse tal formalidad si, como sucede en el caso de autos, la propia fiadora demandada admite (...) haber sido requerida con tal objeto mediante carta simple (...).” (El subrayado es agregado).

En resumen, la mayoría de la doctrina, así como la más reciente jurisprudencia nacional, exigen que el requerimiento de pago se realice por la vía notarial o judicial, de conformidad con lo expresado en la garantía, en la medida que esta última se rige por el denominado *principio de literalidad*. Las formalidades que debe cumplir el requerimiento de pago, como los documentos que deben acompañar a este último, encuentran su sustento en lo previsto explícitamente en el texto de la garantía.

8. No se otorga por monto o plazo indeterminado.

Esta característica se desprende del mismo tenor literal de la Ley de Bancos, cuyo art. 217°, inciso 4, señala que las empresas del sistema financiero no podrán “*dar fianzas, o de algún otro modo, respaldar obligaciones de terceros, por monto o plazo indeterminado*”.

Las cartas fianza bancarias siempre hacen referencia a un monto máximo, mas no así a un monto fijo, aunque en la práctica la ejecución siempre se lleva a cabo sobre el monto máximo. Algunos bancos han dispuesto que dichas garantías puedan ser indexadas al Índice de Precios al Consumidor (“**IPC**”), con el propósito de evitar pérdidas, producto de la disminución del valor real de la comisión cobrada, por efectos de la inflación (Rivadeneira, 1996).

Respecto al tema de la vigencia o plazo de la garantía, algunas entidades bancarias no emiten cartas fianza por más de un (1) año, mientras que otras lo hacen a plazo determinado, pero excediendo dicho límite, en la medida que no existe prohibición legal al respecto. En realidad, la temporalidad de la obligación asumida por una institución financiera dependerá del apetito al riesgo que tenga cada una de ellas.

1.3.3 Partes Intervinientes.

A pesar de que la carta fianza contiene un compromiso unilateral por parte de una entidad financiera, no requiriendo, para su eficacia, del concurso de otra persona en el texto de la garantía, lo cierto es que en toda la mecánica que comprende desde la negociación hasta su ejecución, de ser el caso, intervienen tres (3) sujetos: el ordenante, el garante y el acreedor o beneficiario.

El *ordenante* de la garantía es el cliente de la institución financiera, conocido también como principal, que conviene con dicha institución en los términos en los que esta última emitirá una declaración unilateral contenida en la carta fianza, para obligarse frente a un tercero.

La institución financiera *garante* es quien deberá realizar el desembolso del dinero, cuando le sea reclamado por el acreedor o beneficiario de la garantía. La realización de la prestación del garante no depende de condiciones ajenas a su intervención, sino únicamente del cumplimiento de las formalidades de la reclamación o requerimiento. Esto tiene una importante consecuencia: el ordenante no podrá oponer frente al banco pagador aquellas excepciones nacidas del contrato principal, que sí serían eficaces contra el acreedor o beneficiario.

Finalmente, el *beneficiario* de la garantía o acreedor es quien reclamará el pago a la institución financiera garante, en caso de incumplimiento de la obligación principal, lo que no significa, como se indicó anteriormente, que el pago se encuentre supeditado en

algún modo a la referida obligación. El beneficiario de la garantía persigue, ante todo, que la ejecución de la misma no pueda verse condicionada por circunstancias ajenas al texto mismo de la carta fianza, lo que significa una desconexión, en este aspecto, entre la obligación principal y la garantía (Sánchez Calero, 1996).

1.3.4 Ventajas de su utilización.

Una de las ventajas que tiene el uso de la carta fianza es que implica la reducción o eliminación total de los riesgos económicos o patrimoniales que el contrato principal pudiera conllevar para el acreedor o beneficiario. Ello guarda relación con una segunda ventaja de este tipo de garantía: la certeza de que el pago es seguro por la especial solvencia del garante, a la vez que los daños derivados de la conducta del deudor (ordenante) negligente van a ser paliados con la puesta a disposición del dinero líquido. Lo primero, en virtud de la generalizada solvencia de toda entidad bancaria y lo segundo en razón del propio contenido de la obligación del garante (Sánchez Calero, 1996).

Otra de las bondades de esta clase de garantía radica en que su reclamación es *a primera demanda o a primer requerimiento*, no siendo posible entrar al análisis de lo ocurrido con la obligación principal, porque afectaría la naturaleza líquida de la carta fianza. Esa función de liquidez de esta última hace rápida y ágil la satisfacción del interés del acreedor, evitándole largas controversias de un resultado incierto. Como indica Sánchez Calero, las ventajas de esta garantía pueden verse afectadas

[c]uando, en lugar de esa cláusula, se hubieran incorporado términos o condiciones que supusieran una cierta conexión entre el contrato de garantía y el contrato principal. Con ello la garantía bancaria pierde su carácter casi de “caución líquida” y pasa a hacerse dependiente del cumplimiento del deudor principal (Sánchez Calero, 1996: 34).

En ese orden de ideas, la institución financiera garante no podría oponer excepciones provenientes de la relación principal o subyacente. Basta la reclamación del beneficiario para entender que la obligación del deudor se ha incumplido (Sánchez y Quicaño, 2011).

Una cuarta ventaja de la carta fianza, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es que en ella se produce una inversión de la carga de la prueba, por cuanto no es el beneficiario o acreedor quien debe probar su legitimación, sino que será quien impugne la validez del ejercicio de ese derecho por la institución financiera garante la parte obligada a aportar los medios de prueba que respalden su posición. Por ello, Sánchez Calero afirma que es la persona del ordenante o cliente del banco que, en caso de estar disconforme con el pago

de la garantía, será el obligado a actuar judicial o extrajudicialmente (Sánchez Calero, 1996). En el mismo sentido, opina Ortiz Herbener

[S]i se ha pactado la garantía a primera demanda, basta la simple indicación del beneficiario para estimar como válida su reclamación. Por ende, no podrá exigírsele la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. El acreedor-beneficiario lo que logra con esta clase de garantías es trasladar la carga de la prueba al que la ordenó –como lo hemos dejado consignado anteriormente- y esto es así por cuanto si el ordenante está disconforme con el pago de la garantía que ha hecho la institución financiera, será él el que deberá actuar judicialmente (Ortiz, 2003: 228).

Sin embargo, en este punto específico, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López opinan que lo que implica la cláusula de pago *a primer requerimiento (o a primera demanda)* no es una simple inversión de la carga de la prueba del cumplimiento o incumplimiento, sino una inversión de los costes de reclamar, que se trasladan al deudor o al garante, que sólo pueden reclamar *ex post*, una vez que el beneficiario tenga el dinero en su poder, en la medida que la cláusula en mención conduce al *solve et repete* (Carrasco, Cordero y Marín, 2002).

Por otro lado, este tipo de garantías sustituyen, en cierta medida, a la constitución de depósitos a la vista en favor de los acreedores, los cuales están destinados a ser hechos efectivos de modo inmediato, en caso de incumplimiento. El otorgamiento de estas garantías resulta ostensiblemente más económico para el deudor (Díaz, 1996).

1.3.5 Principales diferencias con la fianza tradicional.

La primera diferencia que salta a la vista, es que la fianza ordinaria es *accesoria* de la obligación principal o garantizada, lo cual, como se señaló antes, trae tres (3) consecuencias importantes: i) la invalidez de la obligación principal acarrea necesariamente la invalidez de la fianza; ii) el fiador puede oponer al acreedor las excepciones propias de la obligación principal o garantizada; y, iii) la obligación del fiador no puede exceder la del deudor principal.

La nota de *accesoriedad* es ajena a la carta fianza. En palabras de Aramendia Gurrea: “[E]stos instrumentos tienen como nota característica el desligar el pago al beneficiario de los mismos, de las vicisitudes, reales algunas, inventadas o torticeras otras, del negocio jurídico de base” (Aramendia, 1996: 84). Esta falta de *accesoriedad* no es otra cosa que la independencia de la carta fianza respecto de la obligación garantizada, a tal punto que algunos autores señalan que es posible la existencia de la garantía a pesar de que la

operación garantizada no constituya un verdadero contrato o el mismo sea nulo (Serrano, 1999). La institución financiera cumple con el mero requerimiento del pago, permaneciendo totalmente ajena a la relación subyacente (Ortiz, 2003).

Por otra parte, la *independencia* o *autonomía* de la carta fianza imposibilita a la institución financiera garante oponer al beneficiario o acreedor las excepciones propias de la obligación principal. En este punto específico, existe una mención expresa en el numeral 5.2 de la Circular:

“(...) En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los Artículos 1880 y 1885 del Código Civil.” (El subrayado es agregado).

No obstante, algún sector de la doctrina ha indicado que, en realidad, la nota de *accesoriedad* queda atenuada en este tipo de garantías, pero no desaparece radicalmente, en la medida que la obligación del garante nunca podrá ser superior a la garantizada (Sánchez Guilarte, citado por Serrano, 1999). Un criterio similar maneja Daniel Puémape quien, refiriéndose a las garantías personales en general afirma que, si bien las mismas comprometen el íntegro del activo del garante, no pueden ser más gravosas que las obligaciones del deudor principal (Puémape, 2013). Inclusive, hay quienes sostienen que las *garantías a primer requerimiento* son garantías causales y no abstractas, pues tienen una causa concreta que se constituye a partir de la función de garantía frente a un incumplimiento ajeno, afirmación que queda reforzada por el hecho de que casi la totalidad de fórmulas contractuales de *garantías a primer requerimiento* se construyen a partir de una declaración del acreedor de que el deudor ha incumplido. Esta postura agrega que el acreedor no puede utilizar este tipo de garantías para cualquier fin, ni que pueda apropiarse definitivamente de la cantidad cobrada, cuando el supuesto de hecho material de la garantía (el incumplimiento del deudor principal) no se ha producido, de lo contrario la garantía sería un contrato simulado, al ocultar una causa distinta de la típica (Carrasco, Cordero y Marín, 2002).

Otra diferencia importante entre las figuras jurídicas mencionadas reside en la llamada *subsidiariedad*, definida como aquella regla en la que, normalmente, el fiador podría ser constreñido al cumplimiento sólo después de haberse requerido el cumplimiento de la obligación contra el deudor principal. Indudablemente, este rasgo no

aparece en la carta fianza, en donde la obligación de la institución financiera garante es *solidaria* con la del deudor principal, por lo que el acreedor o beneficiario de la garantía podrá exigir a la entidad financiera garante el cumplimiento del íntegro de la obligación, siendo requerido a pagar sin necesidad de haber accionado previamente contra el cliente-deudor para que honre su obligación (Puémape, 2013).

Una tercera nota diferenciadora, referida anteriormente, es que la carta fianza es una figura atípica, mientras que la fianza común u ordinaria es un contrato típico, con regulación positiva en el CC.

Una cuarta diferencia se halla en el momento en que produce la ejecución de la garantía, ya que, en la fianza ordinaria o común, la ejecución se produce ante el incumplimiento del deudor principal. En cambio, en la carta fianza, la ejecución se da solamente con el requerimiento de pago dirigido contra la institución financiera garante, sin más formalidad que aquella establecida en el texto mismo de la garantía. Lo ideal es que el requerimiento se haga efectivo cuando el incumplimiento de la obligación principal se haya producido, aunque en la práctica, ello no siempre sucede.

1.3.6 Aspectos regulatorios.

Como se indicó precedentemente, la carta fianza no ha sido desarrollada en la legislación positiva de la misma manera que la fianza tradicional. Sin embargo, existen algunas referencias a aquella en algunos cuerpos normativos que dan fe del uso de la misma en distintas transacciones del tráfico económico. Sólo se abordarán algunas de las referencias normativas en alusión.

1. Regulación en el sector financiero:

La Circular (N° B-2101-2001, del 19 de octubre de 2001) establece precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías, en el caso de determinadas entidades del sistema financiero¹⁰, que incluye a las empresas bancarias. El numeral 5 de la Circular contiene disposiciones expresas aplicables a las cartas fianza.

¹⁰ Numeral 1 de la Circular:

“1. Alcance

La presente norma es de aplicación a las empresas de operaciones múltiples comprendidas en el literal A del Artículo 16 de la Ley General, así como, en su caso, a las empresas de seguros y de reaseguros autorizadas a otorgar avales, fianzas y otras garantías, según lo dispuesto en el numeral 6 del Artículo 221 y en el Artículo 318 de dicho cuerpo legal, en adelante las empresas.”

Si bien el numeral 5.1 de la Circular contiene una remisión a las normas sobre la fianza común, contempladas en el CC, también hace una salvedad importante, muestra clara de la singularidad de esta figura: “(...) *con las particularidades establecidas por la Ley General y la presente Circular.*”

Las características distintivas de la carta fianza han sido incluidas en el numeral 5.2 de la Circular:

- (i) Contiene cláusulas que obligan a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o *a simple requerimiento* (o cláusulas equivalentes);
- (ii) Deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, *a simple requerimiento* del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito;
- (iii) No deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago; y,
- (iv) Se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los arts. 1880^{o11} y 1885^{o12} CC.

Finalmente, el numeral 5.3 de la Circular, remitiéndose nuevamente a las normas del CC (arts. 1892^{o13} y 1894^{o14}), impone una carga a la entidad garante, en el momento de la ejecución de la carta fianza, la misma que consiste en comunicar al deudor (cliente) el pago de la fianza:

“En los casos señalados en el numeral 5.2, la comunicación que conforme a los Artículos 1892 y 1894 del Código Civil deba dirigir la empresa garante al deudor de la obligación garantizada para hacer de conocimiento de éste el pago de la fianza, será efectuada de manera simultánea a la ejecución de la carta fianza.”

Debe tenerse en cuenta que, bajo ninguna circunstancia, las fianzas (cartas fianza), estarán destinadas, ni directa ni indirectamente, a respaldar operaciones de préstamo de

¹¹ Art. 1880^o CC: “Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación.”

¹² Art. 1885^o CC: “El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona.”

¹³ Art. 1892^o CC: “El fiador no tiene acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, éste ha cancelado igualmente la deuda.

Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de repetición del fiador contra el acreedor.”

¹⁴ Art. 1894^o CC: “Si el fiador paga sin comunicarlo al deudor, éste puede hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor.”

dinero o cualquier otra forma de obtención de recursos líquidos de personas ajenas al sistema financiero o fianzas otorgadas a favor de otro garante que, a su turno, haya garantizado cualesquiera de dichas operaciones de préstamos de dinero (Puémape, 2013). Así lo ha dispuesto expresamente el numeral 5 del art. 217° de la Ley de Bancos:

“Artículo 217°.- OPERACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS

Sin perjuicio de las demás prohibiciones contenidas en la presente Ley, las empresas del sistema financiero no podrán:

(...)

5. Garantizar las operaciones de mutuo dinerario que se celebre entre terceros, a no ser que uno de ellos sea otra empresa del sistema financiero, o un banco o una financiera del exterior.”

2. Ámbito tributario:

Este tipo de garantías es utilizado como un mecanismo de reducción de riesgo de las operaciones comerciales y financieras de la Administración Pública, con el objeto de resguardar los intereses del Estado. Así por ejemplo, la presentación de la carta fianza se exige como requisito de admisibilidad del recurso de reclamación de resoluciones de determinación o de multa, de conformidad con el numeral 3 del art. 137° del Código Tributario, que dispone expresamente lo siguiente:

“Artículo 137°.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

La reclamación se iniciará de acuerdo a los requisitos y condiciones siguientes:

(...)

3. Pago o carta fianza: Cuando las Resoluciones de Determinación y de Multa se reclamen vencido el señalado término de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por nueve (9) meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de nueve (9) meses, debiendo renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración Tributaria. Los plazos de nueve (9) meses variarán a doce (12) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, y a veinte (20) días hábiles tratándose de reclamaciones contra resoluciones de multa que sustituyan a aquellas que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes.

En caso la Administración Tributaria declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, éste deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el monto de la deuda actualizada, (...). La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Si existiera algún

saldo a favor del deudor tributario, como consecuencia de la ejecución de la carta fianza, será devuelta de oficio (...)”. (El subrayado es agregado).

Otro supuesto contemplado en el Código Tributario, en el que la Administración Tributaria exige la presentación de la referida garantía, es el establecido en el art. 141°, vinculado a la presentación de medios probatorios extemporáneos, artículo que reza:

“Artículo 141°.- MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORÁNEOS

No se admitirá como medio probatorio bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración Tributaria durante el proceso de verificación o fiscalización no hubiera sido presentado y/o exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera u otra garantía por dicho monto que la Administración Tributaria establezca por Resolución de Superintendencia, actualizada hasta por nueve (9) meses o doce (12) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia o veinte (20) días hábiles tratándose de la reclamación de resoluciones de multa que sustituyan a aquellas que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, posteriores de la fecha de la interposición de la reclamación (...)” (El subrayado es agregado).

Otros casos en donde la norma tributaria (específicamente, el Código Tributario) exige la presentación de cartas fianza, puede apreciarse en los arts. 146° (requisitos de la apelación), 148° (medios probatorios admisibles), 159° (medidas cautelares en procesos judiciales), entre otros.

3. Mercado de Valores:

Uno de los requisitos para que las sociedades (anónimas) agentes de bolsa puedan operar, se encuentra en el inciso b) del art. 136°, concordado con el inciso d) del art. 186° de la Ley de Mercado de Valores, que, a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, en el marco de la participación de dichas entidades en el mercado de valores, prevé el otorgamiento de una carta fianza bancaria en favor de la Superintendencia de Mercado de Valores. Por su parte, el art. 192° de la norma mencionada dispone que la garantía debe mantenerse hasta que transcurran seis (6) meses del cese de las actividades de la sociedad agente o hasta que sean resueltas por sentencia ejecutoriada las acciones judiciales que, dentro de dicho plazo, hubieren interpuesto contra ella los beneficiarios de tal garantía.

4. Contrataciones con el Estado:

➤ Tipología de las Garantías:

La Ley N° 30225, “Ley de Contrataciones con el Estado” (en lo sucesivo, la “**LCE**”) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “**RLCE**”) regulan el régimen de garantías que deben instituirse a favor del Estado, con el propósito de que se seleccione a los proveedores que ofertan bienes, servicios u obras, bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y/o entrega, además de asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas contractualmente. Tradicionalmente, dentro del universo de garantías otorgadas en el ámbito de contrataciones con el Estado, la doctrina ha hecho una clasificación entre aquellas que son de naturaleza *precontractual* y las denominadas garantías *contractuales*.

Las garantías *precontractuales* buscan asegurar la vigencia de las ofertas formuladas por los postores, así como disuadir la participación de los agentes que carecen de un interés auténtico en contratar con el Estado. En este grupo, se encuentra la denominada *garantía de seriedad de la oferta*, que se encontraba regulada en el texto del art. 157° del ya derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que fuera aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “**Reglamento Derogado**”). Este último cuerpo normativo establecía como finalidad de esta garantía la de garantizar la vigencia de la oferta; es decir, pretendía asegurar que “[e]l adjudicatario constituirá la garantía definitiva y formalizará el contrato” (García-Trevijano, citado por Rodríguez, 2009: 147). Actualmente, este primer grupo de garantías ya no aparece recogido de modo expreso en la normativa vigente de contrataciones con el Estado¹⁵. Así, la LCE, en su art. 33°, únicamente reconoce a las garantías de fiel cumplimiento y a las otorgadas por adelantos, las que se sitúan en el grupo de las llamadas garantías *contractuales*, las que serán estudiadas a continuación.

¹⁵ Se prescindió de esta garantía en la regulación con el propósito de garantizar una mayor concurrencia de postores y simplificar el trámite reduciendo los costos de los procesos. En opinión de algunos autores, la garantía siempre fue perfectamente prescindible, en la medida que sólo encarecía la preparación de propuestas y de paso dotar de ingresos a quienes las emiten. Estaba prevista, como su nombre lo indica, para asegurar que quien gane una buena pro no abandone el proceso y suscriba el contrato. Con todo lo que cuesta participar en una licitación o en un concurso, resulta absurdo imaginar que quien gana vaya a retirarse. Gandolfo, R. (2018) *Se elimina la garantía de seriedad de la oferta en la LCE*. <http://edicionespropuesta.blogspot.com/2012/06/se-elimina-la-garantia-de-seriedad-de.html> (18/08/2018; 11:59 h).

Las garantías *contractuales* tienen por objeto asegurar la realización efectiva de las obligaciones asumidas por los contratistas en los respectivos acuerdos suscritos. En este grupo, figuran la garantía de *fiel cumplimiento* y la garantía por *adelantos*.

La garantía de *fiel cumplimiento* aparece regulada en varios artículos del RLCE, y es la garantía contractual por excelencia. Tiene por finalidad respaldar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones asumidas por los contratistas, de modo que se resguarde a la Administración por la inejecución de éstas (Rodríguez, 2009). De conformidad con el numeral 126.1 del art. 126° RLCE, este tipo de garantía es requisito indispensable para perfeccionar el contrato y se otorga por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y se mantendrá vigente hasta la recepción de la prestación a cargo del contratista (bienes, servicios y consultoría en general) o hasta el consentimiento de la liquidación final (ejecución y consultoría de obras). El art. 127° RLCE complementa la regulación, al referirse a las garantías de *fiel cumplimiento* aplicables a las *prestaciones accesorias*, como mantenimiento, reparación o actividades afines, debiéndose otorgar una garantía adicional por este concepto, la misma que se deberá renovar hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas.

Por otro lado, en el caso de la garantía *por adelantos*, Rodríguez Manrique afirma que este tipo de garantía pretende asegurar el uso debido y oportuno de los pagos anticipados efectuados por las entidades de la Administración Pública, que, en buena cuenta, significan un financiamiento del contrato, por el que el Estado proporciona al contratista un flujo de caja que permita la ejecución de sus obligaciones, reduciéndose así los costos financieros de los referidos contratos, al compartir riesgos con los contratistas involucrados (Rodríguez, 2009). El art. 129° RLCE establece la entrega de adelantos directos y por materiales contra la presentación de una garantía por idéntico monto, la misma que deberá mantenerse vigente hasta la amortización total del adelanto otorgado¹⁶. Cabe recalcar que el art. 38° LCE contempla la posibilidad de adelantos a favor del contratista, siempre que así haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección.

La garantía por el *monto diferencial de la propuesta* es un mecanismo suplementario para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, en el caso

¹⁶ El artículo mencionado precisa que, tratándose de adelantos de materiales, la garantía se mantiene vigente hasta la utilización de los materiales o insumos, a satisfacción de la Entidad.

que su oferta se encuentre, desproporcionadamente, por debajo del valor referencial del contrato¹⁷, lo que evidenciaría cierto grado de temeridad en la formulación de su propuesta e implicaría un incremento en el riesgo de incumplimiento (Rodríguez, 2009)¹⁸. Este tipo de garantía fue inicialmente recogido en el art. 160° del Reglamento Derogado, que fijó su cuantía en un monto equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la diferencia entre el valor referencial del contrato y la propuesta económica. Hoy por hoy, ya no cuenta con regulación expresa en la normativa vigente¹⁹.

➤ Disposiciones comunes:

El art. 33° LCE dispone que las garantías que acepten las entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, a solo requerimiento de la mencionada entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la SBS y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Por la *incondicionalidad*, las garantías prestadas en favor del Estado no están sujetas a condición de ninguna clase (ni suspensiva, ni resolutoria), por lo que su eficacia no puede sujetarse a la condición de que la entidad acredite el efectivo incumplimiento del postor o contratista. Así por ejemplo, no será necesario que un tercero declare el efectivo incumplimiento de una obligación garantizada del contrato, como presupuesto para la ejecución de la garantía.

¹⁷ Este tipo de garantía fue un requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato en dos supuestos: (i) cuando la propuesta económica haya sido inferior al valor referencial en más de diez por ciento (10%), en los procesos de selección para la contratación de servicios; y, (ii) cuando la propuesta económica haya sido inferior al valor referencial en más de veinte por ciento (20%), en los procesos de selección para la adquisición o suministro de bienes (art. 160° del Reglamento Derogado).

¹⁸ Una opinión parecida puede apreciarse en Nunja García, quien refiriéndose a la finalidad de este tipo de garantía, indicó que la misma también era la de garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor o contratista, encontrándose destinada a proteger a las entidades de las ofertas que aparecen como temerarias o anormalmente bajas y por lo tanto de difícil cumplimiento (Nunja, 2010).

¹⁹ El retiro de la garantía por el monto diferencial tuvo sustento en la necesidad del Estado de eliminar desincentivos existentes en el mercado de las compras públicas e impulsar una mayor participación de postores en los procesos de selección. Lo anterior, bajo el amparo del principio de igualdad de trato, competencia y eficiencia, y equidad recogidos por la LCE (vigente). Por lo antes indicado, se podría pensar que las entidades del Estado se encontrarían desprovistas de mecanismos que aseguren el cumplimiento de las obligaciones de los participantes, postores y contratistas; sin embargo, cabe precisar que la LCE aún mantiene dentro de sus requisitos para la firma del contrato la garantía de fiel cumplimiento y la garantía por adelantos, siendo la primera de obligatoria entrega por parte del contratista. Debe recordarse, además que, ante el incumplimiento del contratista, la entidad estatal estaría habilitada a aplicar las penalidades que correspondan e inclusive iniciar el proceso sancionador ante el Tribunal del OSCE. Yamada, M. (2018) *Beneficios de la eliminación de la garantía por el monto diferencial de la propuesta en la nueva Ley de Contrataciones con el Estado* <http://elcristalroto.pe/columnas/contrataestado-columnas/beneficios-de-la-eliminacion-de-la-garantia-por-el-monto-diferencial-de-la-propuesta-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-con-el-estado/> (18/08/2018; 12:21 h).

En mérito a la *solidaridad*, las entidades pueden solicitar el pago de la obligación incumplida indistintamente contra el deudor o la institución financiera garante. Es importante señalar que la solidaridad de los *garantes* supone que éstos no puedan oponer el beneficio de excusión, ni el beneficio de división. Finalmente, debe recalcar que el emisor de la garantía sólo está obligado por aquello a lo que expresamente se ha comprometido, no pudiendo exceder su obligación del monto que ha garantizado.

En virtud de la *irrevocabilidad*, una vez que la garantía ha sido constituida a favor de la entidad, no puede dejarse sin efecto, en la medida que la revocación constituye la pérdida misma de la garantía, su inexistencia, gatillándose por tanto un supuesto de resolución contractual, y generándose el pago de las penalidades previstas en los respectivos contratos y las demás consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico (Rodríguez, 2009).

En cuanto a la *realización automática*, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de la garantía, debiendo limitarse a honrarlas inmediatamente, en el plazo máximo de tres (03) días hábiles. La demora en el honramiento de la garantía genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista y origina el pago de intereses a favor de la entidad. El RLCE complementa esta disposición al indicar que todo pacto en contrario es nulo de pleno derecho y se considera como no puesto, agregando que aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada serán sancionadas por la SBS (art. 131° RLCE).

Algo similar puede observarse en las garantías personales prestadas en los contratos públicos en España, en donde las garantías prestadas por terceros en favor de la Administración Pública deben otorgarse con renuncia al derecho de excusión. En caso la garantía se preste mediante seguro de caución, el asegurador no podrá oponer al beneficiario el impago de la prima, ni las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador (Carrasco, Cordero y Marín, 2002).

No debe perderse de vista que las garantías previstas en el art. 33° LCE deben ser emitidas por empresas supervisadas por la SBS, que se encuentren autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. Así, el mencionado requisito restringe de manera considerable el universo de garantías que se

pueden constituir, ya que el legislador ha querido emplear garantías que tengan un respaldo institucional y que reduzcan, a la mínima expresión, los riesgos del Estado en cuanto a su efectiva realización (Rodríguez, 2009). El abanico de posibilidades se restringe todavía más si se considera lo dispuesto por el art. 125° RLCE que, luego de haber señalado que son los documentos del proceso de selección los que estipulan los tipos de garantías que debe otorgar el contratista, determina que dichos tipos de garantía pueden ser la carta fianza y/o la póliza de caución. La explicación de ello podría estar en que, en términos prácticos, estas últimas garantías se convierten en los medios de garantía por excelencia, en el marco del Sistema General de Contratación con el Estado, debido a que la emisión de garantías reales y demás garantías personales no constituyen prácticas de las entidades autorizadas y sujetas al ámbito de supervisión de la SBS (Rodríguez, 2009).

Por último, debe destacarse que la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (“**OSCE**”) ha puntualizado, en más de una oportunidad, en el caso de las cartas fianza, que las mismas no necesariamente deben ser bancarias y que, por tanto, ello no podría configurarse como una exigencia por entidad estatal alguna, pudiendo ser otorgadas por una entidad financiera distinta. Así por ejemplo, la *Opinión 002-2012/DTN* ha señalado:

“En las Bases de los procesos de selección, las Entidades pueden exigir que los proveedores otorguen garantías mediante cartas fianza emitidas por empresas bajo el ámbito de la SBS o en que estén incluidas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que publica el Banco Central de Reserva del Perú, pero no pueden exigir la presentación de cartas fianza que sean, necesariamente, bancarias.” (El subrayado es agregado).

Una posición similar, puede consultarse en la *Opinión N° 072-2010/DTN*:

“La normativa sobre contratación pública no ha establecido restricción alguna referida a que las garantías presentadas por los postores y/o contratistas deban ser emitidas únicamente por bancos (...)” (El subrayado es agregado).

CAPÍTULO II. PANORAMA INTERNACIONAL.

2.1 España:

Existe numerosa literatura jurídica sobre las *garantías a primer requerimiento* en el derecho español, tanto a nivel de doctrina, como de jurisprudencia. Junto a las garantías personales tradicionales, reguladas en el derecho positivo español (fianza civil, seguro de crédito, entre otras), han ido apareciendo en la práctica española otros mecanismos de garantía personal carentes de regulación específica, contruidos en base a instituciones y principios generales e importados en muchos casos de prácticas extranjeras. Los estudios jurídicos sobre el tema se elaboraron y desarrollaron, en primer lugar, en Alemania y luego se extendieron a toda Europa (Sánchez y Quicaño, 2011). El contacto de los bancos españoles con este tipo de garantías ha sido menos frecuente que el de algunos grandes bancos de otras naciones de gran relevancia en el comercio internacional, como Alemania, Francia, Reino Unido²⁰ o Estados Unidos. Con todo, los bancos españoles han llegado a familiarizarse con ellas y el Tribunal Supremo Español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre varios aspectos de este tipo de garantías. No obstante, su emisión sigue siendo mucho menos frecuente que la prestación de garantías ordinarias (Díaz, 1996).

Ahora bien, entrando a los distintos pronunciamientos que ha tenido la jurisprudencia española, varios autores concuerdan en que no ha sido posible obtener una caracterización definida y clara de las garantías a primer requerimiento²¹.

La primera resolución que afronta de un modo directo la interpretación y alcance de este tipo de garantías es la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, la “**STS**”) del 14 de noviembre de 1989, la que versaba sobre un seguro de caución. Ante la reclamación de pago, el garante opuso como excepción que era preciso acreditar el incumplimiento del deudor principal. El Tribunal Supremo (en adelante, el “**TS**”) esgrimió que se trataba

²⁰ Un claro ejemplo lo constituye lo resuelto por el Tribunal de Apelación inglés de 1981, al sostener que no es invocable la nulidad del contrato base si la misma está fundada en leyes de política económica, porque justamente la *garantía autónoma* sirve para cubrir los riesgos de inexecución causada por disposiciones existentes en el país del deudor, que el beneficiario no conoce. Así, la garantía cubre el riesgo de fuerza mayor (en el caso, el riesgo político de embargo). (Sánchez y Quicaño, 2011).

²¹ Por ejemplo, véase a Díaz Moreno (Díaz, 1996). Una postura semejante sostienen Sánchez García y Quicaño Rodríguez quienes, refiriéndose a la actuación fraudulenta del beneficiario, afirman que el principal problema jurisprudencial es la poca certeza del Tribunal Supremo a la hora de dilucidar criterios como: i) No se acerca a supuestos concretos y excepcionales, por lo que queda configurado de manera muy amplia, extendiéndose a cualquier cuestión sobre el cumplimiento subyacente; ii) No se exige que el abuso sea evidente o manifiesto; y, iii) Ausencia en la determinación de medios de prueba que podría presentarse (Sánchez y Quicaño, 2011).

de una figura que no era reconducible a la fianza, en la que falta la *accesoriedad* y el *beneficio de excusión*, generando una obligación abstracta, que la aseguradora no puede desconocer sin faltar a la buena fe. Sin embargo, en las STS del 02 de octubre de 1990 y del 15 de abril de 1991, el TS pareció cerrar el paso a la posibilidad de constituir en el derecho español garantías atípicas distintas a la fianza. En ambas sentencias, se procedió a calificar a las relaciones como fianzas y se les aplicaron las reglas propias de la fianza común, recogidas en el Código Civil español, en especial las reglas de la *accesoriedad* y la *subsidiariedad*. De esa manera, el TS había configurado a la fianza como un tipo rígido, por lo que cualquier interpretación tendiente a romper el vínculo de *accesoriedad* de la obligación del fiador con la del afianzado supondría desnaturalizar el contrato de fianza, de tal modo que la garantía siempre será accesorio, precisamente porque ha de ser calificada como fianza (Díaz, 1996).

Posteriormente, desde la STS del 27 de octubre de 1992 y con varias sentencias de las Audiencias Provinciales, se llegó a la convicción de que se estaba ante una nueva modalidad de garantía personal, que se explica por la insuficiencia e inadecuación de la fianza (Carrasco, Cordero y Marín, 2002). Comentando la sentencia en mención, Díaz Moreno opina que dicha jurisprudencia responde mejor a las exigencias del tráfico mercantil actual, no cerrando el paso a los instrumentos o expedientes técnico-jurídicos generados precisamente por dicho tráfico. Complementando su postura, el mencionado autor agrega que, al amparo del principio de libertad de pactos, debe admitirse la posibilidad de que las partes acuerden la emisión de garantías independientes (Díaz, 1996).

Actualmente, la postura consagrada a nivel jurisprudencial²², que toma como base la STS del 14 de noviembre de 1989, es aquella que define a la figura materia de análisis como una fórmula autónoma y atípica de garantía no accesorio, es decir, como un

[c]ontrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza (Carrasco, Cordero y Marín, 2002: 344).

²² Cfr. STS 17 de febrero de 2000.

Por otro lado, en relación a la oponibilidad de excepciones al pago de la garantía, también existe una postura marcada actual en la jurisprudencia española, basada en la STS del 27 de octubre de 1992²³, la que señala

[E]l garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las que derivan de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, (...) ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del contrato principal (Carrasco, Cordero y Marín, 2002: 344).

En línea con el tema de las excepciones, es interesante remarcar lo señalado por la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, la “**SAP**”) de Barcelona del 15 de mayo de 1997, que contempló a la mala fe y al fraude como única excepción oponible por el garante, ante la reclamación del beneficiario (Carrasco, Cordero y Marín, 2002). Esta excepción es conocida en doctrina como *exceptio doli* y la misma es atendida en la doctrina jurisprudencial española, de acuerdo a los siguientes criterios: i) admite la excepción basada en la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y acorde con el principio de la buena fe contractual; ii) admite la excepción cuando se da una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada; iii) tiene que demostrarse el abuso manifiesto del acreedor; iv) el fraude o abuso se puede acreditar con cualquier tipo de prueba, siempre que cause certeza y sea oportuna; y, v) no se restringe la prueba, pero tiene que ser palmaria o líquida (Sánchez y Quicaño, 2011). El caso de la *exceptio doli* será profundizado más adelante.

En conclusión, en el derecho español es posible admitir este tipo de garantías sobre la base del principio de *libertad de pactos* o de *autonomía de la voluntad*. Los operadores jurídicos, abogados y catedráticos, praxis y doctrina se pronuncian, en su mayoría, por admitir la validez del instrumento materia de análisis. Por otro lado, aunque no existe todavía una jurisprudencia suficientemente reiterada al respecto, el TS ha reconocido en varias sentencias la validez de este tipo de garantías (Aramendia, 1996).

2.2 Iberoamérica:

En el caso de los países iberoamericanos, este tipo de garantías presentan una utilización distinta en cada uno de ellos; sin embargo, los problemas a resolver son básicamente los mismos, a pesar de ciertas diferencias de matiz (Sánchez Calero, 1996).

²³ Cfr. STS 17 de febrero de 2000.

En la mayoría de dichos países, las garantías a primera demanda no son exclusivamente una práctica bancaria, sino que pueden ser utilizadas por otro tipo de empresas. Por ejemplo, en Perú, al menos desde un plano teórico, es válido que una persona natural o una persona jurídica ajena al sistema financiero pueda otorgar una carta fianza si cuenta con suficiente respaldo o capacidad económica y, ante todo, con la credibilidad del acreedor. Si bien no se trata de lo usual, la ausencia de regulación normativa de la carta fianza lo permitiría plenamente (Rivadeneyra, 1996). Por su parte, en Colombia, de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los bancos, corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial pueden otorgar garantías, con sujeción a ciertos límites y prohibiciones, refiriéndose estas últimas, en general, a garantía de operaciones de mutuo o préstamo celebradas entre particulares (Madriñán, 1996). El caso de México es muy peculiar, ya que la legislación de ese país consagra una prohibición expresa de que las instituciones de crédito puedan otorgar fianzas o cauciones, lo que ha derivado que, en las “garantías bancarias”, se utilicen en forma casi general, más que las garantías *a primer requerimiento*, las cartas de crédito *standby* y se evite, en cualquier documento bancario los vocablos “garantía”, “garante”, “fianza” o términos similares que pudieran contravenir la Ley de Instituciones de Crédito (Arce, 1996).

A continuación, se explicará brevemente la regulación que unos cuantos países latinoamericanos han desarrollado sobre las *garantías a primer requerimiento*.

➤ **Chile:**

La realidad mercantil de dicho país muestra el uso de la garantía bancaria regida exclusivamente por la costumbre comercial y, en particular, por los usos y prácticas bancarias, debido a que no se cuenta con una regulación sistemática en el derecho vigente. Sin embargo, el no contar con una normativa en el derecho positivo, no ha impedido el empleo de la garantía, que en la práctica es muy frecuente.

En este país resalta la existencia de la llamada *boleta bancaria de garantía* que se emite, generalmente, para caucionar el cumplimiento de obligaciones de hacer, como ocurre en el caso de la construcción de grandes obras materiales. Esta figura, que no se encuentra regulada en forma sistemática en el ordenamiento jurídico mercantil chileno, puede crearse de dos maneras:

- (i) El ordenante o tomador de la boleta hace un depósito efectivo en el banco para que este último emita el documento de garantía a nombre del beneficiario. En este escenario, se genera la obligación para el banco de restituir al depositante (ordenante) la cantidad equivalente a la suma depositada, lo que sucede normalmente, previa comunicación del ordenante con treinta (30) días de anticipación. Puede pactarse el pago de intereses a favor del ordenante o la reajustabilidad del monto depositado. Por su parte, el banco cobra una comisión antes de proceder con la emisión de la garantía.
- (ii) El banco le hace un préstamo al ordenante para que este último proceda con el depósito y, posteriormente, se emita la garantía. El ordenante deberá restituir al banco la suma prestada y pagar los intereses convenidos. En este escenario, que es el más frecuente, el ordenante suscribe un pagaré a la vista en favor del banco por el préstamo recibido. El banco hace efectivo el pagaré cuando se ha cobrado la garantía o cuando existen posibilidades de que la misma sea cobrada (quiebra o insolvencia del ordenante). Sin embargo, en la práctica no es frecuente que el banco pague la garantía y haga efectivo el pagaré, pues, en la mayoría de los casos, las obligaciones se cumplen.

Cabe recalcar que el ordenante no puede oponerse al pago de la garantía por el banco garante al beneficiario cuando este último lo reclame, basado en el negocio subyacente, en la medida que existe inoponibilidad de excepciones fundadas en el contrato principal que vincula al ordenante y al beneficiario. Con todo, siempre es posible oponer la *exceptio doli* (Sandoval, 1996).

➤ **Argentina:**

En este ordenamiento, no existe regulación específica que desarrolle las garantías *a primera demanda*, sin embargo, se admite su uso a la luz de las disposiciones actualmente vigentes en los códigos de fondo (Civil y Comercio).

A pesar de lo dicho anteriormente, el uso de esta clase de garantías no es muy frecuente y cuando se usan, generalmente, son parte de negociaciones de carácter internacional, siendo mucho menos usadas en transacciones internas, aunque últimamente ha habido un incremento de su empleo, como puede apreciarse en los casos de garantías

exigidas por los entes públicos, como la Aduana, o en licitaciones u otros contratos administrativos.

Desde el punto de vista documental, Argentina no cuenta con una codificación de los usos bancarios o formularios “tipo” o recomendaciones uniformes de cámaras de entidades bancarias o similares. Por esa razón, los contratos utilizados recogen las denominaciones y prácticas internacionales, en su caso, o bien una adaptación de ellas y de la doctrina predominante.

Finalmente, es importante anotar que, en el derecho argentino, el dolo no puede dispensarse, motivo por el cual la excepción de dolo estará siempre disponible para ser opuesta a quien lo hubiere causado o, conociéndolo al tiempo de su adquisición o título, pretendiera beneficiarse de los efectos del comportamiento doloso. En este caso, el garante puede negar el pago y, posteriormente, resistir en juicio cualquier pretensión del beneficiario (Alegría, 1996).

CAPÍTULO III: EJECUCIÓN DE LA CARTA FIANZA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

3.1 Descripción general del procedimiento.

Producido el requerimiento de pago por parte del beneficiario (motivado por el incumplimiento del deudor de la obligación principal), la institución financiera garante deberá cumplir con pagar la suma indicada en la carta fianza. Una vez que el pago se haya producido, la entidad financiera ejecutará la garantía real o cambiaria que tiene a su favor. Es decir, simultáneamente al momento de firmar la carta fianza bancaria, el banco causa que su cliente suscriba un pagaré, letra de cambio o inclusive un contrato de hipoteca. Estas garantías serán ejecutadas vía un proceso ejecutivo, para el caso del pagaré o la letra de cambio, mientras que, para el caso de la hipoteca, se requerirá un proceso de ejecución de garantías (Puémape, 2013).

Ahora bien, en relación al cumplimiento del pago de la misma por el banco garante, la SBS ha recibido más de una vez, reclamaciones en tanto que los bancos no han cumplido con honrar la referida garantía. Es usual en la práctica bancaria peruana, que los bancos dilaten su cumplimiento, con el objeto de efectuar coordinaciones previas con su cliente (ordenante de la garantía) e invocar determinadas causales para diferir el pago, lo que desnaturaliza la esencia misma de este tipo de garantías. Así por ejemplo, es común que los bancos aleguen el cumplimiento del deudor afianzado, pese a que ello resulta irrelevante y está excluido por el carácter propio de la carta fianza bancaria.

A pesar que este tipo de prácticas perjudican la imagen de la entidad como garante pagador en el mercado financiero, la realidad muestra que estos asuntos no han terminado en una sanción, sino más bien que se llegan a solucionar privadamente mediante un amigable acuerdo con los bancos o, en última instancia, a través de la interposición de demandas judiciales. La doctrina atribuye la falta de “castigo” a las entidades bancarias a que la carta fianza bancaria carece de consagración legislativa y a la falta de pronunciamientos de la jurisprudencia nacional, sancionando tales inconductas (Rivadeneyra, 1996).

En este orden de ideas, ante el incumplimiento del pago de la entidad bancaria garante, señala alguna doctrina, el beneficiario deberá accionar judicialmente contra dicha

entidad y el afianzado, siendo la carta fianza el medio de prueba de la obligación asumida por la entidad financiera (Puémape, 2013). Sin embargo, debe resaltarse que la legislación peruana no cuenta con un procedimiento judicial expeditivo que permita el cobro de la carta fianza de manera eficiente. Ciertamente, el sector de la doctrina señala que, para su ejecución, se requerirá: (i) iniciar una demanda judicial bajo las normas del proceso de conocimiento (con toda la demora e implicancias que ello acarrea y que son propias de dicha vía procesal); o, (ii) iniciar, en primer lugar, un proceso de prueba anticipada –a fin de que se reconozca judicialmente al documento y, en consecuencia, adquiera mérito ejecutivo- y, posteriormente, interponer una acción judicial de acuerdo con la normativa del proceso de ejecución. Todo lo anterior permite concluir que la ejecución forzada de la carta fianza bancaria no cuenta con el suficiente respaldo normativo para asegurar su eficiencia total. Por esa razón, dicha doctrina propone regular expresamente este tipo de carta fianza, que incluye el diseño de un procedimiento expeditivo para su cumplimiento, ya sea vía un procedimiento especial o mediante la remisión a las normas del proceso ejecutivo, atribuyéndole caracteres especiales al documento que contiene la garantía (Rivadeneira, 1996).

3.2 Ejecución en el ámbito de contrataciones con el Estado.

La ejecución de las garantías (llámese carta fianza o póliza de caución) en el ámbito de contrataciones con el Estado se encuentra desarrollada en el art. 131° RLCE que, en su primera parte, ha contemplado los supuestos en los que procedería la ejecución antes mencionada. Será la entidad estatal correspondiente la única responsable de evaluar en qué supuesto habilitador se encuentra para la ejecución de la garantía. El penúltimo párrafo del art. 131° RLCE reitera lo estipulado en el art. 33° LCE, esto es, que el honramiento de la garantía debe realizarse:

“al solo y primer requerimiento de la respectiva entidad, sin poder solicitar que se acredite el supuesto habilitador, sin oponer excusión alguna y sin solicitar sustento ni documentación alguna y en el plazo perentorio de tres (3) días hábiles. Cualquier pacto en contrario en la garantía emitida es nulo de pleno derecho y se considera no puesto, sin afectar la eficacia de la garantía extendida.” (El subrayado es agregado).

Sobre lo indicado anteriormente, es preciso recalcar que, de conformidad con la Décimo Séptima Disposición Complementaria Final del RCLE, concordado con el numeral 50.1 del art. 50° LCE, existe responsabilidad de los proveedores por presentación

de garantías emitidas por entidades no supervisadas o autorizadas por los organismos competentes y fuera de las condiciones previstas por la LCE y el RLCE, pudiéndose aplicar sanciones como inhabilitación temporal o definitiva.

Asimismo, la OSCE ha señalado que existe responsabilidad administrativa derivada de la aceptación de garantías, sin tomar en cuenta lo contemplado en la LCE y el RLCE, por parte de los funcionarios públicos competentes u operadores logísticos de los órganos encargados de las contrataciones que tuvieron a su cargo la referida aceptación. Ello, en la medida que se configura una transgresión a la normativa de contrataciones con el Estado que no puede dispensarse en ningún caso, incluso en supuestos donde exista una resolución judicial, en los que la entidad pública no ha sido parte²⁴.

Las empresas que no cumplan con honrar la garantía serán sancionadas por la SBS.

El uso de las cartas fianza en el ámbito de contrataciones con el Estado se vio considerablemente incrementado, desde mediados del año 2017, debido a la necesidad de realización de obras relacionadas con la reconstrucción de las zonas afectadas por el llamado “Fenómeno del Niño Costero”, ello, en adición al conjunto de obras que ya se tenía pensado efectuar por la proximidad de los Juegos Panamericanos, en el año 2019. De acuerdo con lo señalado por Daniel Chávez, cerca del 60% de las cartas fianza que hay en el mercado corresponden a empresas del sector construcción, para garantizar las obras antes mencionadas, siendo las más requeridas las garantías de fiel cumplimiento, siguiéndoles en importancia, las fianzas otorgadas por anticipos o adelantos²⁵.

Cuando todo apuntaba a que la reactivación económica del país era un hecho, algunos escándalos de corrupción pusieron en grave riesgo la reactivación mencionada, al afectar directamente la ejecución de la inversión pública de toda magnitud: carreteras, hospitales, escuelas, proyectos de irrigación, entre otros. El problema no afectó a unas cuantas constructoras, sino que, en palabras de la entonces Ministra de Economía, Claudia Cooper²⁶, se convirtió en un tema sistémico, que mermó la liquidez de muchas empresas constructoras, impactando negativamente en la cadena de pagos y generando

²⁴Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2018) *OSCE: Cartas fianza que reciban entidades públicas deben estar de acuerdo a Ley* <http://portal.osce.gob.pe/osce/osce-cartas-fianza-que-reciban-entidades-p%C3%BAblicas-deben-estar-de-acuerdo-ley> (18/08/2018; 15:32 h).

²⁵Chávez, D. (2018) *Cartas fianza: ¿Por qué es importante que una empresa tenga este instrumento?* <https://gestion.pe/economia/empresas/cartas-fianza-importante-empresa-tenga-instrumento-142673> (18/08/2018; 15:20 h).

²⁶Redacción Gestión (2018) *MEF: Dificultades de constructoras paralizarían obras públicas por S/ 30,000 millones* <https://gestion.pe/economia/mef-dificultades-constructoras-paralizarian-obras-publicas-s-30-000-millones-226072> (18/08/2018; 15:29 h).

desconfianza en el sector financiero. El Ministerio de Economía y Finanzas (“**MEF**”) estimó que, de solo paralizarse las nueve (9) empresas constructoras más grandes y sus proveedores, se perderían más de 50 mil empleos formales y que los proyectos de inversión pública y de APP ya asignados a empresas vinculadas o investigadas por actos de corrupción equivalían a más de S/ 30.000 millones en inversión (una cifra superior a 4% del PBI y equivalente a casi un quinto de la inversión total estimada para el 2018). A todo esto, se añade la exposición en el sistema financiero con las empresas referidas, por un monto aproximado de S/11,500 millones, por lo que el 4,3% del total de créditos del sistema bancario podría súbitamente deteriorarse (las cifras son mucho mayores al incluir los créditos a los proveedores y a los trabajadores de las empresas involucradas).

Frente al panorama descrito anteriormente, en sustitución del Decreto de Urgencia N° 003-2017²⁷, se hacía necesario publicar una serie de normas que aseguren la reparación civil a favor del Estado Peruano por todos los actos de corrupción que se venían “destapando”, pero buscando a la vez, el restablecimiento del equilibrio económico y de la cadena de pagos. La situación se había tornado dramática: las constructoras no podían acceder a las cartas fianza requeridas para ejecutar sus proyectos pues los bancos, debido a la desconfianza generalizada en el sistema, habían incrementado significativamente el costo de las mismas, exigiendo garantías que, en muchos casos, eran inalcanzables²⁸. A ello se sumaba el riesgo latente de que funcionarios públicos recelosos ejecuten cartas fianzas de obras en marcha ante el primer contratiempo que éstas enfrenten, que declaren desiertas licitaciones para evitar firmar contratos con empresas incluidas en las investigaciones, que sean renuentes a negociar adendas a veces indispensables para subsanar deficiencias de los contratos originales, etc.²⁹

Así, el 12 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley N° 30737, “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos”. El Reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto Supremo N° 096-2018-EF, fue publicado el 09 de mayo del año en curso. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del aparato estatal, se observa que las instituciones financieras siguen cautas en el otorgamiento de créditos y de cartas fianza a grandes

²⁷ “Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de Proyectos de Inversión para la prestación de Servicios Públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción”, publicado el 13 de febrero de 2017.

²⁸ Paredes, C. (2018) *Las constructoras, el gobierno y la economía* <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/decreto-003-mef-constructoras-gobierno-economia-carlos-e-paredes-noticia-496318> (18/08/2018; 15:42 h).

²⁹ Castagnola, G. (2018) *El “club de la construcción”: ¿qué hacer?* <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/club-construccion-lava-jato-gianfranco-castagnola-noticia-493110> (18/08/2018; 15:45 h).

constructoras involucradas en casos de corrupción. A ello hay que sumarle el factor complejidad del Reglamento, en el caso de las reparaciones civiles a favor del Estado y que existen varios funcionarios en el aparato estatal que optan por la ejecución de las cartas fianza, ante cualquier situación que, a su criterio, constituya un incumplimiento de las obligaciones del contratista.

3.3 El impacto financiero de la coyuntura.

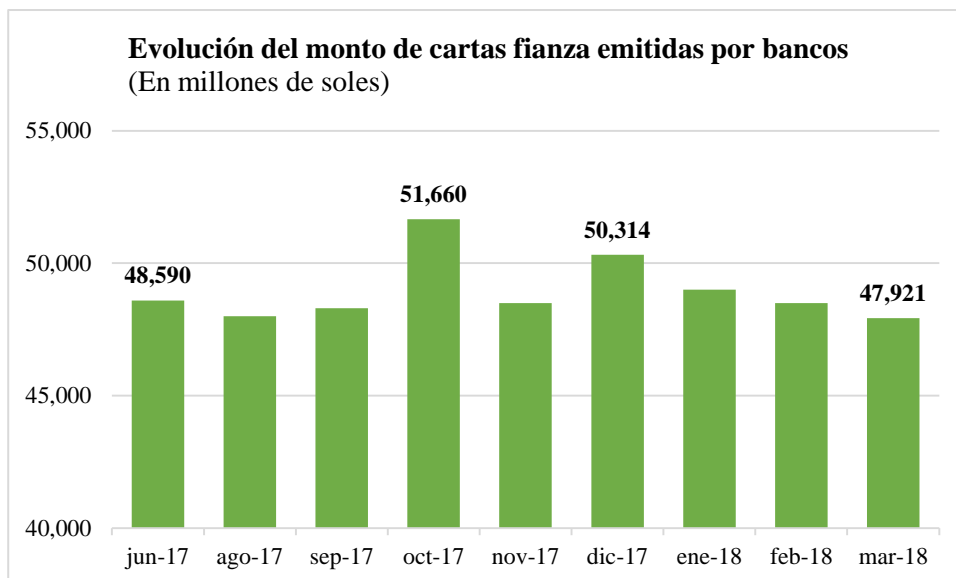
La Asociación de Bancos del Perú (“**ASBANC**”) señaló que los casos de corrupción han complicado, en gran medida, la situación actual de las empresas constructoras, aumentando la percepción de riesgo de los bancos hacia dicho sector. Preciso que este panorama afectó el dinamismo de créditos directos a estas compañías³⁰, así como la restricción en el otorgamiento de cartas fianza, las cuales sumaron S/ 48,336 millones a febrero de 2018, lo que significó una caída de 3.94% frente diciembre de 2017 (S/ 50,319 millones)³¹.

Si bien el Reglamento de la Ley N° 30737 significa una mejora en el contexto actual, el financiamiento para empresas comprometidas o vinculadas con casos de corrupción va a ser lento, pues los bancos van a empezar a analizar cada operación, tanto de crédito directo, como en el otorgamiento de cartas fianza. A ello se suma la supervisión y vigilancia adicional que tienen los bancos sobre el sector construcción. Incluso más que aumentar su exposición crediticia a las firmas involucradas en casos de corrupción (actualmente, en aproximadamente S/ 12,000 millones, considerando que 50,000 constructoras tienen deudas con la banca), van a buscar recuperar el dinero prestado y deberán hacer mayores provisiones.

A continuación, el siguiente cuadro muestra la evolución del monto de cartas fianza, emitidas por los bancos:

³⁰ Según ASBANC, los créditos dirigidos a empresas del sector construcción alcanzaron los S/ 4,940 millones a marzo de 2018, lo que representó un incremento del 0.56%, en relación con similar mes del año pasado, mostrando así por primera vez un desempeño positivo después de nueve (9) meses consecutivos de estar en terreno negativo. El ratio de morosidad de estos créditos se ubicó en 5.90%, de acuerdo con la información disponible a diciembre de 2017, lo que implicó un incremento de un (1) punto porcentual respecto a idéntico mes del año anterior, ello en un entorno de bajo crecimiento económico del país, con la consecuente menor capacidad de pago de algunas empresas y la reducción del número de sujetos de crédito.

³¹ Asociación de Bancos del Perú (2018) *Créditos al sector construcción se recuperaron tras 9 meses de caída* <https://exitosanoticias.pe/creditos-al-sector-construccion-se-recuperaron-tras-9-meses-de-caida/> (18/08/2018; 15:57 h).



*Fuente: SBS

Hasta hace poco, las empresas locales tenían a su disposición líneas de cartas fianza emitidas por los bancos, que podían utilizar con agilidad y rapidez, situación que se ha modificado drásticamente, a raíz de los recientes escándalos de corrupción. Ya no se tratará de líneas de crédito propiamente, sino de operaciones puntuales, analizadas cuidadosamente por los bancos, por lo que el otorgamiento de cartas fianza serán un proceso lento. Las instituciones financieras están empezando a considerar en su evaluación el otorgamiento de garantías por parte de las constructoras, así como los flujos de caja que éstas últimas ofrecen.

Adicionalmente, dado el panorama actual, el costo de las cartas fianza se ha multiplicado por diez (10). Antes la cotización promediaba entre el 0.3% y 0.5% del valor total de la carta fianza. Hoy por hoy, la comisión que se puede cobrar fluctúa entre el 3% y 5% del referido valor³².

³²Alva, M. y Manrique, O. (2018) *Bancos prevén que “vía crucis” de las constructoras seguirá este año* https://drive.google.com/file/d/17wESr41ceHqqZzJ_sus4iWTKIZcXmfve/view (18/08/2018; 16:14 h).

CAPÍTULO IV: LAS EXCEPCIONES FRENTE AL PAGO DE LA CARTA FIANZA.

4.1 Las excepciones en el derecho comparado.

Siguiendo a Sánchez Calero, las excepciones de las que puede valerse el deudor de la obligación de garantía (la institución financiera) tienen un doble origen: (i) las que tienen su fundamento en la relación de garantía (entidad financiera-beneficiario); y, (ii) las que emanan de la obligación garantizada o principal (ordenante-beneficiario). Adicionalmente, el mencionado autor reconoce una tercera fuente de posibles excepciones: la relación entre el banco y el deudor principal (ordenante).

Sin perjuicio de la clasificación esbozada anteriormente, el autor considera que la calificación de las garantías bancarias como autónomas, a diferencia de la fianza tradicional u ordinaria, hace que el banco sólo pueda oponer, frente a la reclamación del pago, las excepciones que le correspondan en virtud de su relación con el beneficiario. En ese sentido, las excepciones que tuvieran su origen en otras relaciones no podrán ser invocadas por el banco, precisamente por la nota de independencia que caracteriza a dichas garantías (Sánchez Calero, 1996). Más adelante, se podrá apreciar que esta afirmación general admite ciertas reservas o matices, cuando concurre la mala fe o el ejercicio abusivo de un derecho, en relaciones distintas a la relación de garantía (institución financiera-beneficiario).

4.1.1 Las excepciones derivadas de la relación de garantía (banco-beneficiario).

➤ Error en el consentimiento:

Este tipo de excepción se refiere a la existencia de un vicio del consentimiento por parte del banco, al momento de otorgar la garantía. Varios autores³³ coinciden en que esta excepción se relaciona con el error por parte del banco garante al momento de prestar la garantía a primera demanda, como por ejemplo, cuando al banco le hubieren sido indebidamente presentadas las condiciones de la obligación a garantizar, o dando la impresión de que el negocio era más seguro de lo que luego en realidad resultaba, o

³³Véase a Sánchez García y Quicaño Rodríguez (Sánchez y Quicaño, 2011) o a Sánchez Calero (Sánchez Calero, 1996).

presentando unas garantías de solvencia y seguridad de las partes implicadas en la obligación subyacente que tampoco se correspondían en la realidad.

Sin embargo, resulta poco probable o frecuente que los bancos, debido a su profesionalidad y capacidad técnica, incurran en errores en la apreciación de las circunstancias de la obligación o en lo relativo a la solvencia de las partes implicadas.

➤ **Falta de poder de representación.**

Se encuentra referida a la representación de entidades de crédito en cuanto personas jurídicas. La falta de poder de representante del banco (que incluye la representación insuficiente) es una excepción que puede ser opuesta ante el requerimiento del pago de la garantía (Sánchez Calero, 1996).

➤ **Transgresión de norma imperativa o prohibitiva.**

La probabilidad de ocurrencia de este supuesto es baja, en la medida que, por las características del garante, su profesionalidad y conocimiento técnico, es poco probable que incurra en la violación de una norma imperativa o prohibitiva, y si ello sucede, se entenderá que el banco garante actuó negligentemente y deberá resarcir al beneficiario los daños y perjuicios que pudo ocasionarle (Sánchez y Quicaño, 2011).

➤ **Compensación.**

Si en la relación entre el banco garante y el beneficiario, se produce la situación consistente que en ambos sean, por derecho propio, recíprocamente acreedores el uno del otro, la validez de esta figura como fundamento de una excepción válida del banco resulta incuestionable.

No obstante, la compensación no puede ser utilizada cuando se produzca en virtud de la cesión de un crédito frente al beneficiario por parte del ordenante de la garantía, actuación que tendría como propósito evitar el pago de esta última por parte del banco, privando al beneficiario de su derecho al cobro. El fundamento para no aceptar la oposición de esta excepción radica en que no puede afirmarse que el banco era acreedor por “derecho propio” y, sobre todo, en la abstracción o autonomía del contrato de garantía,

que impide utilizar excepciones que sean ajenas a la estricta relación beneficiario-garante (Sánchez Calero, 1996).

➤ **Reclamación fraudulenta y abuso de su derecho por el beneficiario (*exceptio doli*).**

La actuación dolosa del beneficiario suele traducirse en la presentación injustificada de la reclamación o en la falsificación de los documentos que se hubieran establecido en el contrato. En este supuesto, el banco garante se encuentra obligado a rechazar el pago de la garantía por el *deber de protección*³⁴ que tiene frente a su cliente (ordenante), pues posteriormente el banco exigirá el reembolso del pago realizado o lo compensará sobre las contragarantías constituidas por el ordenante (Sánchez Calero, 1996).

En muchos ordenamientos se admite la *exceptio doli* frente a reclamaciones abusivas o fraudulentas del beneficiario y su fundamento radica en la *prohibición del abuso del derecho* junto al mandato de *buena fe* (Sánchez y Quicaño, 2011).

Este tema será desarrollado en extenso más adelante.

➤ **Excepciones derivadas del mismo texto de la garantía.**

Entre las más comunes, señala la doctrina española, se puede mencionar las siguientes: (i) la falta de *declaración expresa* del beneficiario (cuando falta un aviso escrito del beneficiario de incumplimiento de las condiciones del contrato principal, como por ejemplo una pretensión de daños del beneficiario); (ii) la falta de indicación por parte del beneficiario de los *motivos* que, según el texto de la garantía, condicionaban su operatividad (el texto de la garantía prevé que el beneficiario, antes de solicitar el pago afirmando que se han verificado los supuestos, deberá indicar [no probar] los incumplimientos concretos que justifican el honramiento de la garantía); (iii) la falta de presentación por parte del beneficiario de algún *documento* que, según el texto de la garantía, condicionaba su operatividad; (iv) hipótesis en que el beneficiario reclama la

³⁴ De acuerdo con lo señalado por Solarte Rodríguez, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que, al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos que se denominan “deberes colaterales”, “deberes complementarios”, “deberes contiguos” o “deberes secundarios de conducta”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. Dentro de esta clase de deberes, encontramos los de finalidad negativa, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes, como por ejemplo los deberes de protección, que actualmente se consideran predicables de todas aquellas relaciones contractuales en las que la ejecución de la prestación principal pueda poner en riesgo o peligro bienes personales o patrimoniales de la otra parte de la relación. (Solarte, 2004).

garantía fuera de los términos temporales previstos en la misma; y, (v) otros supuestos en que el beneficiario reclama la garantía sin respetar otras condiciones resultantes de su texto (por ejemplo, la reducción automática de cierto porcentaje de la cuantía de la garantía si el beneficiario la solicita antes de fecha determinada o cuando el beneficiario reclamase una suma superior a la pactada en la garantía) (Sánchez y Quicaño, 2011).

4.1.2 Las excepciones surgidas del contrato principal.

En la fianza ordinaria, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que le competan al deudor principal y que sean inherentes a la obligación subyacente o garantizada. Ello encuentra su justificación en el carácter accesorio de la fianza común. Por esa razón, no es posible mantenerse la aplicación analógica de dicha disposición a las garantías autónomas, cuyo requerimiento sólo se encuentra supeditado a la presentación de los documentos señalados en el mismo texto de la garantía.

Dicho lo anterior, con la finalidad de abolir cualquier duda que pudiera surgir al respecto, en la práctica internacional es muy frecuente que, en el contrato de garantía, el banco renuncie de manera expresa a plantear frente a la reclamación de la garantía excepciones u objeciones que tengan su origen en el contrato principal (Sánchez Calero, 1996).

Sin embargo, varios autores españoles sostienen que el garante debe rechazar el pago de la garantía al beneficiario, sobre la base de una actuación fraudulenta de este último en el marco del contrato subyacente (Sánchez y Quicaño, 2011). En palabras de Sánchez Calero,

[L]a renunciabilidad del banco a la utilización de las excepciones surgidas de la obligación principal no puede tener carácter absoluto, de forma que el banco debe rechazar un pago solicitado sobre la base de una actuación fraudulenta del beneficiario en el marco del contrato subyacente. La excepción o negativa del banco viene motivada, antes que por una situación particular de dicho contrato subyacente, por la presencia de una actividad ilícita, que actúa como límite a esa exclusión de excepciones (Sánchez Calero, 1996: 59).

En este punto, Sánchez García y Quicaño Rodríguez precisan que esta excepción deriva de la relación de garantía, que opera cuando no se produce el supuesto garantizado, no siendo, por tanto, una excepción proveniente de una relación subyacente (Sánchez y Quicaño, 2011).

Por otra parte, se hace énfasis en que la negativa al pago en el supuesto comentado es una circunstancia excepcional, que sólo podrá ser causa de una excepción en tanto que esa actuación fraudulenta hubiera sido acreditada en forma incontestable o irrefutable por parte del ordenante de la garantía, que se opone al pago (Sánchez Calero, 1996).

Finalmente, la doctrina ha descrito los supuestos más comunes de anormalidades en la relación subyacente y que tendrían su consecuencia en la relación de garantía: (i) nulidad del contrato base³⁵; (ii) ilicitud del contrato subyacente; y, (iii) cesión de derechos del ordenante al garante (Sánchez y Quicaño, 2011).

4.1.3 Las excepciones derivadas del contrato de comisión suscrito entre el garante y el ordenante.

El garante no puede oponer excepciones al beneficiario, provenientes de la relación de comisión que mantiene con el ordenante de la garantía, en virtud de la autonomía del compromiso asumido por el banco garante con el beneficiario. Dentro de esta prohibición se incluyen las siguientes conductas: el garante no puede alegar discrepancias entre las instrucciones recibidas por el ordenante en el contrato de comisión y el contrato de garantía, tampoco podrá excepcionar la nulidad del contrato de comisión, ni la insolvencia o incumplimiento de las obligaciones del ordenante o que éste no hubiera constituido las contragarantías exigidas.

No obstante lo anterior, existe un supuesto en el que sí podría hacerse valer una excepción derivada del contrato de comisión: la actuación dolosa o de mala fe del ordenante al momento de suscribir el contrato de comisión, y que dicha actuación haya sido conocida por el beneficiario. En este supuesto, en aplicación del principio de buena fe contractual, el garante no queda obligado al pago a favor del beneficiario (Sánchez y Quicaño, 2011).

4.2 Excepciones al pago de la garantía en el Perú.

A nivel normativo, la poca regulación existente sobre la carta fianza no ha contemplado disposición alguna relativa a las excepciones de las que podría valerse la

³⁵ Los autores precisan que la regla general es que el garante no pueda excepcionar en base a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, revocación, resolución o rescisión del contrato subyacente, ni tampoco por la imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento de este contrato. Pero existe un sector de la doctrina alemana e italiana que considera que el garante sí puede excepcionar si el contrato subyacente es nulo, mas no anulable.

entidad financiera garante, ante el requerimiento de pago por parte del beneficiario de la garantía. En efecto, ni la Ley de Bancos, ni la Circular, que contienen muy contadas disposiciones sobre la figura analizada, se han ocupado del tema en cuestión, por lo que no se cuenta con referente normativo alguno en dicho extremo. Siendo así, *prima facie*, parecería que la entidad financiera no puede negarse al pago de la garantía bajo ninguna circunstancia, porque de lo contrario el beneficiario podría accionar judicialmente contra aquella, siendo la carta fianza el medio de prueba de la obligación asumida (Puémape, 2013).

Sin embargo, como se indicó anteriormente, es usual que, ante el requerimiento de pago de la fianza, las entidades bancarias dilaten su cumplimiento, con el objetivo de realizar coordinaciones previas con su cliente (ordenante de la garantía) e invocar causas para diferir el pago, como por ejemplo, el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor u ordenante de la garantía.

Adicionalmente, ha de considerarse que la práctica bancaria peruana tampoco es ajena a un escenario de reclamación fraudulenta de la garantía, que puede manifestarse en abusos por parte del beneficiario, al pretender honrar indebidamente la fianza, cuestión que no ha sido abordada por nuestra legislación positiva. Por esa razón, es que algunos autores opinan que se hace mandatorio tener una regulación al respecto, que considere cuestiones como las derivadas de la oposición al pago por el ordenante de la garantía o las excepciones que pueden ser oponibles por el garante (en particular, la *exceptio doli*). (Rivadeneyra, 1996).

4.3 La *Exceptio Doli* (fraude o abuso).

4.3.1 *Nociones Generales y Fundamentos.*

Es generalmente admitido por la doctrina que el emisor o garante podrá denegar el pago cuando la reclamación presentada resulta manifiestamente abusiva. En este caso, se argumenta que la naturaleza independiente de las garantías a primera demanda no puede amparar el éxito de pretensiones claramente abusivas o fraudulentas (Díaz, 1996). En este punto, Morles Hernández afirma que: “[C]uando se está en presencia de una garantía a primera demanda, prácticamente, la única defensa es el alegato de dolo, concebido como

cualquier maniobra llevada a cabo por el beneficiario con la finalidad de enriquecerse indebidamente a expensas del ordenante (...)” (Morles, 1996: 179).

Como se señaló antes, esa actuación dolosa puede suponer la presentación injustificada de la reclamación o la falsificación de los documentos que se hubieran establecido en el texto de la garantía. El primer caso podría presentarse ante simples reclamaciones no documentarias del beneficiario, con lo que el abuso depende de su mera declaración, sin que se haya producido la conducta o circunstancia del supuesto garantizado. En este supuesto, se amplía el espectro de las defensas a la discusión de situaciones del contrato de base (Morles, 1996). El segundo caso no requiere mayor comentario, pues supone la presentación de documentos falsos para hacer efectivo el cobro.

Sin embargo, no puede afirmarse que los dos casos antes indicados sean las únicas formas en las que se manifiesta ese abuso o fraude. Es más, algún sector de la doctrina considera que no está claro cuándo es que existe un fraude que legitima la oposición al pago. Por ejemplo, si hay fraude al reclamar el cumplimiento cuando el deudor no pudo cumplir por caso fortuito; o cuando se reclama el pago constándole al beneficiario la nulidad de la obligación principal; o si se reclama el pago cuando existe una sentencia o laudo que declara ilegítima la pretensión del acreedor frente al deudor; o cuando se exige el pago de una garantía de licitación cuando el contrato ya se ha concluido; o si se reclama el pago cuando un tercero imparcial ha reconocido el correcto cumplimiento del deudor; o cuando el contrato carece de licitud causal. Como no existe unanimidad de criterios sobre cuándo ha de declararse existente un abuso, se utilizan expresiones enfáticas o superlativas, como la de actuación estafadora, incumplimiento muy significativo del beneficiario, petición manifiestamente infundada, patente falta de derecho, etc. (Carrasco, Cordero y Marín, 2002). Opinión similar puede encontrarse en Ortiz Herbener, quien señala que una excepción a la falta de accesoriedad de la garantía *a primer requerimiento* es la posibilidad del garante de oponer al beneficiario la excepción de abuso o fraude en la reclamación, aunque los supuestos en los que cabe dicha posibilidad de abuso no están claros (Ortiz, 2003).

Como se había adelantado, esta excepción además de ser un derecho que le asiste a la institución financiera garante, es una obligación, que se fundamenta, en primer lugar,

en el *deber de protección* que tiene el banco frente a su cliente, en la medida que aquel exigirá el reembolso de lo pagado o lo compensará sobre las contragarantías constituidas por el ordenante. Además, la exigencia del uso de excepción por parte del banco también obedece a que es un medio de limitación del abuso o mala fe del beneficiario. Es más, si el banco se abstuviera de ejercer su derecho de oposición, podría admitirse la configuración de una conducta negligente, de la que debería responder ante el ordenante (Sánchez Calero, 1996).

Por otro lado, como también se mencionó líneas atrás, la jurisprudencia española ha señalado que la aplicación de la *exceptio doli* tiene como base la *prohibición del ejercicio abusivo del derecho* o la proscripción de las malas prácticas del principio de *buena fe* contractual, las que ocasionan una paralización del cobro de la garantía, convirtiéndose, por tanto, en una limitación a la naturaleza de las garantías *a primer requerimiento* (Sánchez y Quicaño, 2011). Sobre la posibilidad de rechazar el pago de la garantía por abuso del derecho, se ha pronunciado Díaz Moreno quien afirma que el banco podrá

[I]lícitamente denegar el pago cuando el carácter abusivo de la reclamación esté más allá de cualquier duda, cuando sea un hecho evidente o notorio o cuando el garante se encuentre en condiciones de demostrar plenamente que la reclamación es abusiva mediante la aportación de una prueba de inmediata y fácil práctica y valoración (...)
(Díaz, 1996: 143).

En resumen, el carácter autónomo de las cartas fianza, y de las garantías *a primer requerimiento* en general, no puede implicar que el beneficiario –acreedor en la relación de garantía- tenga carta blanca para proceder, de manera abusiva y en contra de la buena fe contractual, a requerir el pago de la garantía, cuando el mismo no le corresponde.

4.3.2 Determinación del concepto de “reclamación abusiva o fraudulenta”.

La oposición de esta excepción tiene carácter extraordinario, por lo que sólo debe ser admitida rodeada de grandes cautelas. El problema esencial radica en encontrar un punto de equilibrio entre, por una parte, el interés por evitar abusos y conductas claramente deshonestas y, por otra, la necesidad de preservar la naturaleza independiente de la garantía y, con ella, su funcionalidad como mecanismo eficaz de protección de los intereses de los beneficiarios. Así, hay que conjugar la posibilidad del garante de no pagar cuando la reclamación carezca de fundamento, con la idea de que las garantías

independientes se emiten porque aseguran un pago rápido, sin contestaciones o demoras innecesarias.

Díaz Moreno afirma que el banco puede denegar válidamente el pago de la garantía, cuando la reclamación es notoriamente abusiva o cuando el mismo banco garante se encuentra en condición de demostrar plenamente que el requerimiento de pago es abusivo mediante la aportación de una prueba de inmediata y fácil práctica y valoración (por ejemplo, la sentencia firme que declare que el acreedor no ostenta derecho alguno con la obligación subyacente) (Díaz, 1996).

Una segunda situación problemática se presenta cuando es el ordenante (deudor en la relación subyacente) quien informa a la institución financiera que la reclamación recibida es fraudulenta por cuanto no encuentra justificación en las circunstancias de la obligación asegurada. Además de surgir el inconveniente ya apuntado del uso del garante de excepciones derivadas de relaciones contractuales de las que es ajeno, aparece una complicación adicional: la institución financiera garante se sitúa en una posición de árbitro. Frente a dicho escenario, se han propuesto (Sánchez Calero, 1996) determinadas reglas de conducta a seguir por las instituciones financieras, que se tratarán a continuación.

La primera regla es que la denuncia del ordenante sólo podrá ser tomada en cuenta cuando vaya acompañada de pruebas o evidencias incontestables acerca del carácter fraudulento o abusivo de la reclamación por parte del beneficiario, en cuyo caso, la institución financiera rechazará el pago de la garantía aduciendo la *excepción de contenido*, que hace referencia a la no existencia de las circunstancias que en el texto de la garantía se prevén para su honramiento o, lo que es lo mismo, discrepancia entre lo establecido en el contrato de garantía y lo querido por el beneficiario (Sánchez y Quicaño, 2011). Es preciso indicar que esta primera regla es aplicable inclusive cuando la institución financiera garante se hubiere comprometido a no hacer uso de excepción alguna.

Cabe recalcar que la regla mencionada en el párrafo inmediato anterior no supone que el ordenante se encuentre facultado para prohibir el pago de la garantía, sino que es el garante el único a quien corresponde adoptar tal decisión.

La segunda regla a tenerse en cuenta es que es al ordenante a quien se le impone la carga de la prueba, en el sentido de demostrar que no procede el pago, por lo que su simple oposición no puede ser tomada en cuenta por el garante, quien se encontrará obligado a cumplir con el pago de la garantía. El fundamento de esta regla radica en la naturaleza misma de esta clase de garantías y, en segundo lugar, en la confianza y solvencia que como medida de aseguramiento merecen las garantías *a primera demanda*. El ordenante no podrá, posteriormente, exigir responsabilidad alguna al banco que pagó la garantía efectuando un examen diligente de la reclamación, sólo pudiendo dirigir su acción contra el beneficiario. Por su parte, el banco no quedará dispensando del pago, rigiendo el principio *solve et repete*.

Finalmente, dada la aplicación restrictiva de la excepción que se viene analizando, la prueba del fraude que pudiera aportar el ordenante debe producir la suficiente convicción en el garante para rechazar el pago, por lo que debe ser una prueba líquida o una *compelling evidence of the fraud*. En buena cuenta, se trata de un fraude o abuso notorio o manifiesto, como por ejemplo, cuando el beneficiario reclama el pago no obstante la existencia de una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada que declaró la nulidad del contrato base; o, estando ante una garantía de ejecución, el requerimiento se efectúa después de haber tenido lugar la recepción y aceptación definitiva de la obra, o si habiéndose extendido la garantía en favor de una *joint venture*, ésta se habría disuelto y quien reclamaba el pago de la garantía no estaba legitimado activamente, etc. En ningún caso, la institución financiera garante podría excusarse del pago de la garantía argumentando que el deudor principal le “pidió” que no pague porque había cumplido con sus obligaciones, ni porque el crédito principal se encuentra judicialmente discutido (Sánchez y Quicaño, 2011).

4.3.3 La interposición de medidas cautelares para suspender el pago de la garantía.

La doctrina extranjera acepta la posibilidad de que el deudor principal u ordenante obtenga algún tipo de medida cautelar que evite, al menos provisionalmente, el honramiento de la garantía. Sin embargo, como indica Díaz Moreno

[e]ste es uno de los puntos más delicados de toda la disciplina de las garantías a primera demanda, y sobre él los autores y los Tribunales han lanzado tal cúmulo de consideraciones y argumentos que resulta ciertamente difícil lograr siquiera una exposición analítica y sistemática de los problemas planteados. Todo ello sin tener

en cuenta, por si lo anterior no bastara, las peculiaridades de los distintos sistemas procesales nacionales. (...) (Díaz, 1996: 144).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, dicha doctrina coincide, con algunos matices, en el establecimiento de algunos criterios en los que sería legítimo que el ordenante, o incluso un tercero³⁶, pueda solicitar judicialmente, una medida cautelar que paralice el pago de la garantía.

El primer criterio que debe cumplirse es que el solicitante debe alcanzar medios probatorios que permitan al juez alcanzar la convicción –al menos desde un primer análisis- de que la posible reclamación del beneficiario es abusiva o fraudulenta. Se trataría, por tanto, de hacer ver claramente que la pretensión del deudor principal u ordenante se encuentra *prima facie* bien fundada, de manera que se genera un grado de certidumbre importante sobre el carácter abusivo de la reclamación del beneficiario (Díaz, 1996). Al respecto, Sánchez García y Quicaño Rodríguez señalan que: “[e]stas medidas cautelares se admitirán con el fin de proteger de manera urgente al garante frente a la reclamación abusiva del acreedor y siempre que se presente una primera prueba que cause convicción en el órgano jurisdiccional y conlleve a un juicio provisional para su admisión” (Sánchez y Quicaño, 2011: 224). En el mismo sentido, se ha pronunciado Héctor Alegría, quien refiriéndose al caso de las medidas judiciales provisionales, precisa que siempre deberá hacerse alusión expresa a pruebas documentarias u otros medios de prueba fáciles de presentar u otro giro que recoja la jurisprudencia internacional sobre el carácter de la llamada “prueba líquida” (Alegría, 1996).

Otros autores, en cambio, señalan que no debe admitirse medio probatorio alguno, que el mismo debe ser excluido, por lo que se exige que la falta de derecho del acreedor (beneficiario) conste ya probada. Así lo indican Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, quienes se han referido al tema en los siguientes términos

[P]ues la excepción de abuso del derecho sólo es admisible si la falta de derecho del acreedor en la relación subyacente consta ya probada, sin necesidad de prueba especial alegada o practicada sobre este extremo. No basta que la prueba sea más o menos fácil, ni nos queremos referir a que el resultado probatorio sea más o menos convincente para el juez (...) Esta circunstancia ocurre cuando estamos ante hechos notorios, cuando la falta de derecho del actor consta ya declarada en una sentencia o un laudo arbitral y también cuando, por decisión del beneficiario, se ha demandado

³⁶ Sobre el particular, puede consultarse a Sánchez Calero, para quien la prueba de la actuación fraudulenta no sólo puede provenir del ordenante de la garantía, sino incluso de un tercero que se oponga a su pago (Sánchez Calero, 1996). No obstante, Díaz Moreno afirma que el carácter independiente de la garantía ha de llevar, en principio y como regla general, a descartar la posibilidad de que un tercero extraño a esa relación intervenga paralizando el pago (Díaz, 1996).

conjuntamente a deudor y garante, y la sentencia se pronuncia, necesariamente, de forma conjunta sobre ambos, declarando que el deudor principal nada debe o que el acreedor no tiene derecho a cobrar” (Carrasco, Cordero y Marín, 2002: 362 y 363).

Una opinión afín a la de los autores señalados en el párrafo anterior tiene Ortiz Herbener, para quien la reclamación de pago debe rechazarse en los siguientes supuestos: (i) exista una sentencia o laudo arbitral que haya desestimado previamente las pretensiones del actor con respecto al contrato cuyo cumplimiento se asegura; (ii) la falta de derecho es admitida por el propio actor o siendo notoria para el juez, excluye la necesidad de prueba; y, (iii) el contrato subyacente sea uno de los que típicamente incorporan causa ilícita y por tanto sea contrario al orden público (Ortiz, 2003).

El segundo criterio a seguir, es que para que el juez dicte la medida cautelar que suspenda el pago de la garantía, es preciso que exista una estricta necesidad de impedir daños graves y difícilmente reparables para el solicitante. Siguiendo a Díaz Moreno: “[E]l solicitante de la medida cautelar no sólo debe dar un principio de prueba acerca del abuso de derecho por parte del beneficiario, sino que debe también demostrar que sufrirá un daño de difícil reparación si no se adopta la medida requerida.” (Díaz, 1996: 145 y 146). Una postura semejante, comentando el caso venezolano, la tiene Morles Hernández, quien afirma: “[E]n Venezuela, una orden judicial de suspensión del pago podría basarse en el párrafo primero del artículo 588° del Código de Procedimiento Civil (medida cautelar innominada), la cual procede cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (...)” (Morles, 1996: 178 y 179).

4.4 A modo de resumen (excepciones al pago de la carta fianza desarrollado por la doctrina extranjera).

Es mayoritariamente aceptado por la doctrina internacional que existen mecanismos para evitar el honramiento de la carta fianza ante el requerimiento de pago. Así, el primer grupo de excepciones del que puede valerse la institución financiera garante son aquellas que derivan de la relación de garantía misma, es decir, de aquel vínculo existente entre la institución financiera garante y el beneficiario. En este grupo de excepciones cabe mencionar a las siguientes: (i) error en el consentimiento; (ii) falta de poder de representación; (iii) transgresión de norma imperativa o prohibitiva; (iv) compensación;

(v) reclamación fraudulenta y abuso del derecho por el beneficiario (*exceptio doli*); y, (vi) excepciones derivadas del mismo texto de la garantía.

El segundo grupo de excepciones, que corresponden al deudor principal (ordenante de la garantía) en la relación subyacente frente a su acreedor (beneficiario de la garantía), no pueden ser opuestas por la institución financiera garante, por la autonomía que caracteriza a las *garantías a primer requerimiento*.

El tercer grupo de excepciones deriva de la relación que vincula a la institución financiera garante y al ordenante de la garantía (contrato de comisión), las mismas que, nuevamente, en virtud de la autonomía de las *garantías a primera demanda*, no podrán ser opuestas por la institución financiera al beneficiario, ante el requerimiento de pago de este último, salvo haya mediado dolo o mala fe del ordenante al momento de suscribir el contrato de comisión y dicha conducta haya sido conocida por el beneficiario.

La excepción al pago de la garantía más conocida y sobre la que más se ha debatido en la doctrina es la llamada *exceptio doli*, que es aquella que se presenta cuando la reclamación del pago por parte del beneficiario es manifiestamente abusiva o fraudulenta. Dicha conducta puede suponer la presentación injustificada de la reclamación de pago o la falsificación de los documentos que se hubieran establecido en el texto de la garantía, aunque la doctrina reconoce que los supuestos en los que existe una reclamación fraudulenta no están claros.

Por otro lado, la *exceptio doli* no sólo es un mecanismo de defensa que le asiste a la institución financiera garante, sino que su interposición constituye una obligación de la misma por el *deber de protección* que tiene frente a su cliente, ordenante de la garantía, y por ser un muro de contención frente al abuso o mala fe del beneficiario. La no oposición de este mecanismo por parte del garante, en tanto obligación de este último, podría suponer la atribución de responsabilidad por considerarse una conducta negligente.

La jurisprudencia española considera que la aplicación de la *exceptio doli*, y por tanto la paralización del cobro de la garantía, tiene como base la *prohibición del ejercicio abusivo del derecho* o la proscripción de las malas prácticas del principio de *buena fe contractual*, convirtiéndose en una limitación a la naturaleza de las *garantías a primer requerimiento*.

La doctrina coincide en que el garante puede negarse válidamente a pagar la garantía cuando la reclamación sea notoriamente abusiva o cuando aquel presente una prueba concluyente y de fácil valoración que acredite el abuso mencionado.

Otro inconveniente de la *exceptio doli* se presenta cuando es el ordenante (deudor) quien informa a la institución financiera que la reclamación recibida es fraudulenta por cuanto no encuentra justificación en las circunstancias de la obligación subyacente. Frente a la situación descrita, la doctrina sostiene que el ordenante deberá presentar al garante, necesariamente, una prueba líquida de que la reclamación o requerimiento de pago del beneficiario es abusivo o fraudulento, caso contrario, el garante debe honrar la garantía frente al requerimiento de pago del beneficiario.

Finalmente, la doctrina coincide, con algunos matices, en el establecimiento de algunos requisitos en los que sería legítimo que el ordenante, o incluso un tercero, pueda solicitar judicialmente, a través de una medida cautelar, la suspensión del pago de la garantía. El primer requisito es que el solicitante deberá alcanzar medios probatorios que generen un grado de certidumbre importante, de manera que permitan al juez alcanzar la convicción –al menos desde un primer análisis– de que la posible reclamación del beneficiario es abusiva o fraudulenta. Sin embargo, otros autores no admiten la presentación de medios probatorios, en la medida que opinan que la falta de derecho del beneficiario debe constar ya probada. El segundo requisito para que el juez dicte la medida cautelar que suspenda el pago de la garantía, es la existencia de una estricta necesidad de impedir daños graves y difícilmente reparables para el solicitante.

CAPÍTULO V. PLAUSIBILIDAD DE LA OPOSICIÓN DE LA *EXCEPTIO DOLI* Y DE OTRAS EXCEPCIONES AL REQUERIMIENTO DE PAGO DE LA CARTA FIANZA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

5.1 El contexto actual.

La realidad nacional actual es que se respira una atmósfera cargada de incredulidad y escepticismo no sólo en la clase política, sino en varios sectores productivos que inciden en el desarrollo económico del país, como es el caso del sector construcción. Líneas atrás, se ha podido apreciar cómo el panorama descrito ha llevado a las entidades financieras a ser mucho más cautas en el otorgamiento de las fianzas, a estudiar las proyecciones de flujo de caja de las constructoras, a exigirles contragarantías y, como es obvio, a elevar el costo de la comisión por la emisión de la referida garantía. Todo lo anterior por una sola razón: *a priori*, las entidades financieras ya están asumiendo que la garantía será ejecutada o, por lo menos, que el riesgo de que ello se materialice, es alto.

Sin embargo, no puede ignorarse que existen muchas obras en marcha y que las mismas llevan aparejadas la emisión de garantías a primer requerimiento –como la carta fianza- por disposición expresa de la normativa de contrataciones con el Estado. Tampoco debe desconocerse que varias de las constructoras encargadas de la ejecución de diversas obras se encuentran seriamente comprometidas por escándalos de corrupción y que la conclusión de las obras podría no llegar a buen término. En este escenario, no resulta descabellado pensar que varios funcionarios públicos, en tanto representantes de la entidad pública beneficiaria de la garantía, procedan a ejecutar la misma ante cualquier contrariedad o inconveniente que se presente en el desarrollo de las obras, máxime si existe la posibilidad de que la situación contraria pueda ser tildada como una suerte de favorecimiento o “compadrazgo” en favor de alguna empresa constructora.

De lo anterior, puede inferirse que la ejecución de la garantía no es un escenario remoto, sino que, dada la coyuntura actual peruana, es perfectamente posible. Ciertamente que la entidad financiera puede ejecutar las contragarantías que haya constituido o iniciar una acción *a posteriori* para repetir contra el deudor (ordenante) lo pagado al beneficiario (Sánchez y Quicaño, 2011); sin embargo, en uno u otro caso, ello conlleva asociados una serie de costos en dinero y en tiempo (acentuado este último en la ya conocida demora

del sistema judicial peruano), que pueden ser evitados si el banco garante puede oponer legítimamente excepciones al pago de la garantía.

A pesar de que se ha señalado que, en la práctica, los bancos demoran el pago de la garantía para realizar “coordinaciones” con su cliente (ordenante), invocando situaciones específicas de la relación principal (por ejemplo, el cumplimiento de la obligación principal), en estricto, el único mecanismo que, al día de hoy, se admite para suspender el pago de la garantía es una medida cautelar³⁷, en la medida que no se acepta en el ordenamiento jurídico peruano la interposición de excepciones derivadas de la relación subyacente o principal. Así lo ha dispuesto de modo explícito el numeral 5.2 de la Circular, indicando que, en aquellas cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su pago *a primer requerimiento* (u otras equivalentes), se entiende que la institución financiera garante ha renunciado a la facultad de oponer excepciones de su afianzado (deudor principal en la relación principal o subyacente) señalados en los arts. 1880° (oponibilidad del beneficio de excusión) y 1885° CC (“*El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona*”).

5.2 Fundamentos de la *exceptio doli* en el ordenamiento jurídico peruano.

5.2.1 La buena fe.

Tal como se precisó anteriormente, la doctrina extranjera no es unánime en calificar a la fianza (bancaria) como: (i) un contrato; o, (ii) como una declaración unilateral emitida por una entidad financiera, cuya eficacia no se encuentra supeditada a la aceptación del ordenante (deudor)³⁸. Entrando específicamente al caso peruano, si bien la fianza bancaria es una declaración unilateral emitida por una institución financiera, su texto normalmente contempla la aplicación de disposiciones (no todas) propias de la fianza común o tradicional del CC, contrato típico, regulado en el Título X de la Sección Segunda (Contratos Nominados) del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del CC. De lo anterior, podrían presentarse dos interpretaciones: (i) la consideración de la fianza bancaria, en tanto *declaración unilateral* de la entidad financiera, como sólo un *acto*

³⁷ Como se explicará más adelante, la interposición de una medida de este tipo se encuentra legitimada en lo dispuesto en la última parte del art. II del Título Preliminar del CC, referido al abuso del derecho, cuyo tenor literal es el siguiente: “(...) *Al demandar la indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.*”

³⁸ Aunque motivada por un acuerdo previo entre la mencionada entidad y el referido ordenante.

*jurídico unilateral*³⁹; o, (ii) la fianza bancaria, además de ser un acto jurídico, y en tanto se le *aplican algunas disposiciones del contrato de fianza común*, es catalogada también como un *contrato*.

Sea cual fuera la postura por la que se opte, lo cierto es que ambas manifestaciones de voluntad (acto jurídico y contrato) se rigen por el principio de la *buena fe*, más aún, si se tiene en cuenta que el contrato es también un acto jurídico⁴⁰. Así, se tiene que el art. 168° CC, respecto del acto jurídico, establece lo siguiente:

“Artículo 168°: El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.” (El subrayado es agregado).

Como principio interpretativo del acto jurídico, la buena fe es aplicable a todo tipo de actos: unilaterales y bilaterales, con contenido patrimonial y sin él y, por tanto, se le está definiendo como un principio general del Derecho (Jiménez, 2001).

En el caso de los contratos, también el concepto de buena fe ha sido recogido por el CC peruano, de acuerdo al siguiente tenor:

“Artículo 1362°: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.” (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, la exigencia de la buena fe, aplica para todas las fases del contrato. Sin embargo, en este punto Zusman Tinman precisa que existe una diferencia de grado entre la buena fe en la negociación y en el cumplimiento o ejecución, así como en sus efectos. Así, si bien ambas suponen una auto-restricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento o ejecución, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda. Adicionalmente, la mala fe en la ejecución puede llevar a la *ineficacia* del contrato, privando así al contratante deshonesto de beneficiarse del mismo, mientras que la mala fe en la negociación no podría obligar a la parte deshonesto a celebrar el contrato (Zusman, 2005).

³⁹ Aunque, como se explicará más adelante, dentro de una relación compleja que vincula a la institución financiera y al ordenante de la garantía (cliente de la institución financiera).

⁴⁰ Así lo ha señalado Manuel De la Puente, al indicar que el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial. Es plurilateral, ya que, a diferencia de los actos unilaterales, necesita el concurso de las manifestaciones de voluntad de varias partes para generar la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. (De la Puente, 1993).

Complementariamente a los artículos relativos al *acto jurídico* y a los *contratos*, el CC peruano contiene numerosas disposiciones que aluden a la buena fe, algunas como requisito para alcanzar un derecho, otras como condición expresa para la validez de ciertas formas jurídicas. En algunos casos se hallarán *formas subjetivas* o la llamada *buena fe creencia*⁴¹ (que apunta a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen) y, en otros, *formas objetivas* o la llamada *buena fe lealtad*⁴² (que también juzga la conducta del individuo, pero teniendo en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es honesto y recto) (Jiménez, 2001).

Es cierto que el CC peruano no contiene una definición de lo que debe entenderse por buena fe, sino menciones dispersas a dicho concepto en todo su articulado. Sin embargo, la remisión inmediata, al menos desde un punto de vista ético, es asociarla siempre con honradez, rectitud, buen proceder, buena intención, entre otros conceptos, teniendo siempre una connotación loable, socialmente aceptable y deseable. No obstante, a nivel jurídico, no existe consenso en la doctrina en la definición de dicho concepto, teniendo hasta detractores que la consideran un principio abstracto e impreciso (Bullard, citado por Jiménez, 2001) o incluso, a nivel contractual, se tiene a los defensores de la *teoría de la repugnancia*, quienes rechazan la necesidad de exigir buena fe en el contrato, defendiendo el concepto clásico de este último (sistema inglés), conforme al cual, al celebrarse y ejecutarse el mismo, cada parte debe maximizar su propio interés, aun cuando ello suponga tomar ventaja sobre la ignorancia o vulnerabilidad de la otra parte, siempre que no se cometa fraude o engaño, ni se establezcan falsos presupuestos (Adams y Brownsword, citados por Zusman, 2005).

Por su parte, De la Puente y Lavalle explica que

[I]a buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil (De la Puente, 1993: 34).

⁴¹ Algunos ejemplos de este tipo de buena fe pueden encontrarse en el art. 194° CC: “La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”; art. 948° CC: “Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”; art. 951° CC: “La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay”, entre otros.

⁴² Ejemplos claros de buena fe lealtad u objetiva se encuentran en los artículos 168° y 1362° CC, referidos a la interpretación del acto jurídico y a la negociación, celebración y ejecución de los contratos, respectivamente.

Para Díez-Picazo, la buena fe puede presentarse por dos vertientes. Por un lado, como un supuesto de hecho normativo, es decir, un estándar o modelo de conducta social, un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. En cambio, la buena fe como principio general, engendra una norma jurídica completa que, además se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho, por lo que todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones (Díez-Picazo, citado por Jiménez, 2001).

Más allá de las distintas posiciones de algunos autores, la mayor parte de la doctrina se inclina a considerar que la buena fe se ha plasmado en la legislación positiva en un sentido objetivo y en otro subjetivo. Inclusive, casi todas las diversas clasificaciones se pueden conducir en el fondo a los sentidos de buena fe subjetiva y buena fe objetiva, conceptos explicados anteriormente (De la Puente, 1993).

El CC peruano es asistemático en su conceptualización de la buena fe: adolece de una falta de homogeneidad en la determinación de dicha figura. Sin embargo, a pesar de ello, la regulación del CC califica a la buena fe como un principio precisamente en la norma que establece la forma cómo debe interpretarse el acto jurídico. La buena fe, por ende, es un criterio de interpretación debido a que debe considerársele un principio sobre el cual se vertebra toda declaración que ha de producir efectos jurídicos (Jiménez, 2001).

En el caso de los contratos, concluye Zusman Tinman, la exigencia de buena fe es indispensable si lo que se quiere es contar con un sistema de contratación no sólo seguro, sino también justo (Zusman, 2005).

Estando a que la buena fe irradia claramente el ordenamiento jurídico peruano (tanto la llamada *buena fe contractual*, como la buena fe entendida como *principio interpretativo* de todos los *actos jurídicos*), es que se le puede considerar como el primer fundamento para admitir la interposición de la *exceptio doli*, al igual que en la jurisprudencia española. Por lo tanto, cualquier ejecución fraudulenta de la carta fianza resquebraja la buena fe que debe estar presente en todas las declaraciones de voluntad, productoras de efectos jurídicos y, en ese sentido, es que sería legítimo rechazar el pago de la garantía, sobre la base de la mencionada excepción.

5.2.2 *La prohibición del abuso del derecho.*

Si bien la mecánica de las garantías a primer requerimiento contempla el derecho del beneficiario de requerir el pago de la garantía, no es menos cierto que, sobre la base de la proscripción del abuso del derecho recogido en el ordenamiento jurídico peruano, dicho requerimiento sólo debería quedar supeditado al real incumplimiento del deudor – ordenante- en la relación jurídica subyacente o principal. Lo contrario, es decir, la tolerancia de ejecuciones injustificadas, supondría amparar el abuso del derecho y el quebrantamiento de la buena fe, situaciones que resultan inadmisibles en el sistema peruano.

Respecto al abuso del derecho, el art. II del Título Preliminar del CC, reza:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”
(El subrayado es agregado).

Espinoza Espinoza define al abuso del derecho como un *principio general del Derecho* y que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos: uno *fisiológico* y otro *patológico*. Así, en el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del derecho subjetivo y ahí sí cabría su estudio dentro de la Teoría General del Derecho. En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho, se asimila, bien a los principios de responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva). (Espinoza, 2007).

Así pues, en línea con lo dispuesto anteriormente, un límite al ejercicio del derecho subjetivo del beneficiario de requerir el pago de la garantía, es que se haya producido el incumplimiento del deudor u ordenante de la obligación garantizada. Lo contrario supone la configuración del ejercicio abusivo del derecho de ejecución de la garantía. Por esa razón, no sorprende que el artículo bajo comentario, en su segunda parte, otorgue un mecanismo de defensa procesal adicional a la demanda de indemnización u otra pretensión a favor de quien resulte víctima del ejercicio abusivo de algún derecho, al contemplar la posibilidad de *solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.*

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la proscripción del abuso del derecho, junto con el principio de buena fe, en tanto principios generales del Derecho reconocidos en el ordenamiento jurídico peruano, legitiman la interposición de la *exceptio doli* para rechazar el pago de la garantía, sin solicitar –necesariamente– una medida cautelar, en los términos indicados por el art. II del Título Preliminar del CC.

Por otro lado, cabe acotar que la prohibición del abuso del derecho tiene base constitucional, en la última parte del art. 103° de la Constitución de 1993, cuyo texto señala lo siguiente:

“Artículo 103°: Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho.

(...)

La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

Finalmente, a nivel jurisprudencial, es preciso citar lo dispuesto en el Exp. He. 473-92-Huarochirí:

“La figura del abuso del derecho se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia.”

Concluyendo lo señalado anteriormente, la violación de la prohibición del abuso del derecho se concretiza en una abusiva ejecución de la garantía, la que podrá ser válidamente paralizada a través de la interposición de la *exceptio doli*.

5.2.3 El deber de protección del garante frente al ordenante.

Se había señalado, siguiendo a Sánchez Calero, que la interposición de la *exceptio doli*, además de ser un derecho de la institución financiera garante, constituye una obligación en tanto manifestación del *deber de protección* que la referida institución mantiene frente a su cliente. Es decir que, ante una reclamación de pago de la garantía, que resulte abusiva o fraudulenta, en virtud de ese *deber de protección*, el banco garante se encuentra obligado a rechazar el pago de la garantía, por lo que el honramiento de la misma, en este supuesto, se considera un acto negligente del banco, debiendo responder por ello frente al ordenante. Este *deber de protección* es otro de los fundamentos sobre

los que se asienta la admisibilidad de la *exceptio doli* en el sistema jurídico peruano, como se explicará a continuación.

La declaración unilateral de la institución financiera garante, plasmada en el texto de la carta fianza u otra garantía a primer requerimiento, finalmente, forma parte o es el resultado de un contrato o relación obligatoria compleja entre la mencionada institución y su cliente (el ordenante), en el que se contempla expresamente el cobro de la comisión por la emisión de la garantía, entre otras prestaciones, a ser ejecutadas por ambas partes. No obstante, el derecho civil ha desarrollado la categoría de los *deberes de protección* que se aplica a los contratos, sosteniéndose que las partes no sólo están obligadas a ejecutar sus prestaciones, sino que deben ejecutar *prestaciones de protección entre ellas*, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato (Morales, 2013).

Para entender el concepto de los llamados *deberes de protección*, la doctrina parte del concepto de la relación obligatoria entendida como un *organismo o estructura compleja* que no sólo comprende los deberes de *prestaciones principales*, consideradas núcleo de la obligación, sino también deberes de *prestaciones secundarias*, que dependen de la prestación principal, y los deberes *de protección o funcionales* que cautelan el vínculo obligacional, protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio y protegen a los terceros que con la obligación tengan un especial contacto (Morales, 2013). Nótese que los *deberes de protección* aplican para ambas partes de la relación obligatoria y no sólo se presentan en la etapa de ejecución del contrato, sino que también adquieren relevancia en la etapa precontractual y post-contractual (Solarte, 2004).

Ahora bien, algún sector de la doctrina prefiere llamar a estos *deberes de protección* como *deberes funcionales* y no *accesorios*, ya que esta última característica sólo se predica cuando exista un deber de prestación, pero este último podría no existir, o habiendo existido y luego habiéndose extinguido, ello no supone la extinción automática de los *deberes de protección*. Desde este punto de vista, la esencia de la relación obligatoria no está constituida por el deber de prestación, que precisamente puede faltar, sino por los denominados *deberes funcionales* (Castronovo, citado por Morales, 2013).

Los *deberes de protección* pueden nacer de los contratos⁴³, de los contactos sociales⁴⁴, de la ley⁴⁵ y, en concreto, del principio de la buena fe.

Por su parte, para Morales Hervias, los *deberes de protección* nacen de la *cláusula general de la buena fe*, recogida en el art. 1362° CC, precisando que la buena fe en la norma citada es un deber *legal* (regulado en el art. 1362° CC). Siguiendo ese planteamiento, el acto debido asume su obligatoriedad en virtud de un fenómeno de integración contractual y se aplica mediante la cláusula general de buena fe, la cual tiene un fundamento normativo de tipo legislativo. Dicho deber de buena fe, añade el autor citado, se encuentra coligado a las obligaciones principales y secundarias de un contrato (Morales, 2013).

La jurisprudencia peruana tampoco ha sido ajena al tema. Un primer ejemplo, puede apreciarse en la Casación N° 3101-2009-Lima, del 16 de marzo de 2010, donde un grupo de bonistas demandó por responsabilidad al Banco Santander Central Hispano, sustituido por el Banco de Crédito del Perú, en su calidad de fideicomisario (representante de los obligacionistas) por no otorgar garantías reales a favor de los bonistas, no proteger adecuadamente su crédito y no impedir la constitución de garantías reales en favor de otros acreedores.

De conformidad con la normativa societaria, el fideicomisario tiene la representación legal de los bonistas y puede ejercer las acciones que correspondan para cautelar los derechos de dichas personas. En ese sentido, la Casación antes indicada, hizo suyos los argumentos de la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 20 de abril de 2009 (Exp. N° 1508-2007), cuyo fundamento décimo sétimo señaló que las obligaciones del banco demandado deben encontrarse en una interpretación de lo pactado en el contrato de fideicomiso a la luz del principio de la buena fe contractual previsto en el art. 1362° CC, por lo que la imputación de

⁴³ Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, se genera una relación obligatoria compleja, en donde coexisten obligaciones principales del arrendador, con deberes de protección de este último, como el de conservar el bien en buen estado para el fin del arrendamiento y de realizar las reparaciones necesarias. El arrendatario por su parte, además de sus obligaciones principales, tiene la obligación secundaria de permitir al arrendador la inspección por causa justificada del bien, así como una obligación secundaria negativa de uso imprudente del bien o con fin ilícito. Finalmente, el arrendatario también ha asumido obligaciones de protección, como la de hacer reparaciones, según la ley o contrato y la obligación de protección negativa de no introducir cambios ni modificaciones en el bien (Morales, 2013).

⁴⁴ Como es el caso de las negociaciones donde se instaura entre las partes una relación social de la cual surgen recíprocos deberes dirigidos a proteger la esfera de intereses que aquella relación pone en peligro (Morales, 2013).

⁴⁵ Por ejemplo, Fernández Cruz señala que el deber de diligencia es un deber accesorio o deber de protección que nace de la ley, específicamente de lo dispuesto en el art. 1314° CC ("*Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*"). (Fernández, citado por Morales, 2013).

responsabilidad al banco demandado fue por incumplir *deberes de protección* en su calidad de fideicomisario.

Otros casos referidos a los *deberes de protección* han sido invocados en sede administrativa. Así por ejemplo, la resolución N° 1391-2007-CPC, del 18 de julio de 2007, señaló que un consumidor razonable que acude a jugar a un casino y que entrega las llaves de su vehículo al servicio de *valet parking* ofrecido esperaría que, además de estacionamiento vehicular, se brinde servicio de vigilancia. En doctrina nacional (Gutiérrez, citada por Morales, 2013) se ha dicho que la normativa del contrato de hospedaje se aplicará a los estacionamientos de los establecimientos comerciales porque, al igual que en el hospedaje, en dichos establecimientos, el estacionamiento es una prestación accesorio. De esa manera, cuando los clientes estacionan sus vehículos, el deber de custodia es un *deber de protección* o de seguridad.

Por otro lado, la Tercera Sala Civil de Lima, a través de la resolución del 24 de mayo de 2000 (Exp. N° 1615-2000), estableció que la obligación tácita de seguridad no se agota en el acto material de la transfusión sanguínea, sino, además, que la misma no sea causa de un mal para el paciente, lo que en buena cuenta implica el cumplimiento de deberes de conservación de la esfera jurídica de otros que nacen de la confianza generada por la misma profesionalidad. La violación de tales deberes conlleva responsabilidad contractual nacida de un *deber de protección* (Morales, 2013).

Los *deberes de protección* también se fundamentan en la *defensa de la persona humana* y en el *respeto de su dignidad*, los cuales constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que Morales Hervias puntualiza que los referidos deberes no sólo forman parte de los *deberes legales emanados de la cláusula general de la buena fe*, sino del *deber de protección de la dignidad de los sujetos*, que emana de la norma constitucional (Morales, 2013).

Conforme se ha explicado anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional respaldan la existencia de los denominados *deberes de protección*, que como se dijo, buscan proteger a la persona o bienes de la otra parte de la relación jurídica, y que constituyen compromisos adicionales (no necesariamente pactados expresamente) a las denominadas *prestaciones principales*, y perfectamente exigibles a ambas partes de la relación obligatoria, entendida como un *organismo o estructura compleja*. Siguiendo este

planteamiento, en el seno de la relación obligatoria que vincula a la institución financiera garante con el ordenante de la carta fianza u otra garantía a primer requerimiento, es que la primera mantiene respecto al segundo un *deber de protección* que le obliga a rechazar el pago de la garantía, ante solicitudes de pago abusivas o fraudulentas.

Un último punto vinculado con los *deberes de protección*, es que las conductas contrarias a ellos, se consideran violaciones contractuales positivas, es decir, incumplimientos contractuales, perfectamente separables de cualquier otro eventual incumplimiento que pueda presentarse en la obligación principal. Ello quiere decir que, si el deudor incumple la obligación principal, podría optarse por resolver el contrato al amparo del art. 1428° CC (o del 1429° CC, previo otorgamiento de un periodo de cura no menor a quince (15) días), solicitando el resarcimiento correspondiente, si se causó algún daño. Pero nada obsta para resolver el contrato argumentando el incumplimiento de algún *deber de protección*, a pesar de que la obligación principal no haya sido incumplida. Así pues, no existe impedimento alguno para formular pretensiones de resolución y de resarcimiento que se sustenten en violaciones diferentes (Morales, 2013).

Sin embargo, por el lado de la doctrina colombiana, Solarte Rodríguez afirma que la desatención de esta clase de deberes sólo genera responsabilidad contractual cuando los mismos tengan relación directa con los *principales deberes de prestación* derivados del correspondiente negocio jurídico. Por el contrario, si la vinculación es ocasional o lejana, entrarán en escena las reglas de la responsabilidad extracontractual (Solarte, 2004).

En el caso puntual del *deber de protección* manifestado en la negativa o rechazo al pago de la garantía, a raíz de una reclamación injustificada o fraudulenta, el mismo se vincula directamente con la que podría calificarse la prestación principal a cargo del garante: el pago de la garantía. En ese orden de ideas, producida la referida reclamación, y en caso el banco garante proceda con el pago de la garantía, se habrá configurado una *infracción* del mencionado *deber de protección*, ergo, la institución financiera habrá incurrido en un supuesto de *incumplimiento contractual*, debiendo asumir todas las consecuencias legales previstas en el ordenamiento jurídico peruano, incluido el resarcimiento por los eventuales daños causados a su cliente, ordenante de la garantía.

5.3 Supuestos de procedencia de interposición de la *exceptio doli* en el ordenamiento jurídico peruano.

Dada la naturaleza líquida de las *garantías a primer requerimiento*, el pago de las mismas ante la reclamación efectuada conforme a su tenor literal, y sin ningún tipo de demora, deberá ser siempre la regla general. No obstante, como se ha explicado ampliamente, a nivel del derecho comparado, ante la ocurrencia de determinadas situaciones extraordinarias, es posible rechazar el pago de la garantía, a través de la interposición de la llamada *exceptio doli*, cuya aplicación es posible extrapolar a la realidad peruana en los siguientes casos:

5.3.1 Rechazo al pago de la garantía por el garante sin intervención del ordenante.

La institución financiera podrá –y deberá– rechazar válidamente el pago de la garantía, cuando tome conocimiento y se encuentre en la capacidad de demostrar que el requerimiento de pago es abusivo, mediante la aportación de una prueba palmaria y líquida, es decir, sin que ello implique ulteriores investigaciones. Un ejemplo podría consistir en la sentencia firme que declare que el acreedor (beneficiario) no ostenta derecho alguno con la obligación subyacente o una sentencia que haya declarado la nulidad de esta última obligación.

En la práctica, es más probable que el garante tome conocimiento de la conducta abusiva del beneficiario en la relación subyacente, a través de la información proporcionada por el ordenante (deudor en la obligación subyacente), supuesto que será desarrollado a continuación.

5.3.2 Rechazo al pago de la garantía, previa información del ordenante.

La decisión del no pago de la garantía recae en cabeza de la institución financiera garante, pero es el ordenante (deudor) quien ha informado a esta última que la reclamación de pago recibida es fraudulenta por cuanto no encuentra justificación en las circunstancias de la obligación subyacente. En este escenario, la carga de la prueba se impone al ordenante (deudor de la obligación principal), quien debe acreditar, mediante una prueba contundente⁴⁶, que el requerimiento de pago efectuado por el beneficiario, es abusivo o fraudulento.

⁴⁶ Como se explicará más adelante, la prueba debe causar certeza, ser oportuna, palmaria y líquida, sin admitir ulteriores investigaciones.

Contrario sensu, en caso el ordenante no aporte prueba sobre la supuesta reclamación fraudulenta del beneficiario, o si la misma no produce la suficiente convicción en el garante que amerite la suspensión del pago de la garantía, este último deberá proceder con el honramiento de la misma, sin ningún tipo de demora. Algunos ejemplos de situaciones abusivas pueden hallarse en requerimientos de pago efectuados después de haber tenido lugar la recepción y aceptación definitiva de la obra, o si habiéndose extendido la garantía en favor de una *joint venture*, ésta se habría disuelto y quien reclamaba el pago de la garantía no estaba legitimado activamente, entre otros casos.

Finalmente, si bien se sostiene la tesis de que es posible, en la práctica peruana, rechazar el pago de la garantía bajo el planteamiento explicado en el presente numeral, al igual que lo ha hecho la doctrina española, debe hacerse hincapié que no es que la institución financiera se niegue al pago de la garantía alegando que se incumplió algún término de la relación obligacional subyacente, sino de la misma relación de garantía, en el sentido de que existe discordancia entre la pretensión del beneficiario y lo establecido en el texto de la garantía (*excepción de contenido*), pues no se ha producido el supuesto de hecho habilitante (incumplimiento del deudor principal) que justificaría el honramiento de la garantía misma. Todo lo anterior, claro está, sobre la base de la prueba palmaria o líquida proporcionada por el ordenante de la garantía. Debe recordarse, además, que la negativa del garante, antes que por una cuestión particular de la relación subyacente, viene motivada por la ilicitud misma del acto del beneficiario.

5.4 La suspensión del pago de la garantía a través de una medida cautelar.

El derecho comparado ha establecido algunos requisitos en los que sería legítimo que el ordenante, o incluso un tercero, pueda solicitar judicialmente, a través de una medida cautelar, la suspensión del pago de la garantía. Los requisitos que deben concurrir, cuya exigencia puede aplicarse a los requerimientos presentados ante los órganos jurisdiccionales peruanos, son los siguientes:

- (i) El solicitante debe presentar las pruebas que generen un grado de certidumbre importante, de manera que permitan al juez alcanzar la convicción de que la posible reclamación del beneficiario es abusiva o fraudulenta; y,

- (ii) Existencia de una necesidad de impedir daños graves y difícilmente reparables para el solicitante.

En el caso peruano, la posibilidad de acudir a la vía judicial para suspender el pago de la garantía, tiene sustento legislativo en lo contemplado en el art. II del Título Preliminar del CC, cuando, de modo explícito, se otorga a quien resulte afectado por el ejercicio abusivo de un derecho, la posibilidad de *solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*.

5.5 El problema en la determinación del concepto de “reclamaciones abusivas o fraudulentas” como sustento del rechazo al pago de la garantía.

Se ha podido apreciar que, en el derecho comparado, no existe un criterio unívoco que establezca de manera tajante cuándo es que una conducta del beneficiario es considerada abusiva o fraudulenta, de modo que justifique el no pago de la garantía. La doctrina internacional ha señalado varios ejemplos en los que puede apreciarse, de manera más o menos evidente, el abuso del derecho por parte del beneficiario, pero lo cierto es no hay claridad en la determinación de cuándo una conducta específica puede ser considerada soporte suficiente para oponerse al pago de la garantía.

En el caso peruano, la coyuntura político-social vigente acentúa todavía más el inconveniente en la detección de un requerimiento de pago abusivo o fraudulento. Así, motivadas por el clima de desconfianza descrito líneas atrás, pueden presentarse diversas situaciones problemáticas, como por ejemplo, ejecuciones temerarias de la garantía por parte de diversos funcionarios públicos, cuando, en estricto, no se ha producido un incumplimiento por parte de la empresa contratista, o podría enfrentarse ejecuciones indebidas, impulsadas por coimas u otros actos de corrupción, entre otros supuestos. Quizás en el segundo caso será relativamente más sencillo oponerse al pago de la garantía, acreditando, de manera fehaciente, el acto de corrupción del funcionario implicado, sin embargo, la complicación es más clara en el primer supuesto, en el que no ha mediado dolo o mala fe del funcionario público ejecutante, el cual simplemente requiere el pago, bajo la firme convicción de que se ha producido un incumplimiento por parte del contratista.

El abanico de posibilidades que la práctica trae consigo puede variar y habrá que atender el caso concreto a efectos de definir si, en efecto, la reclamación de pago, califica como abusiva o fraudulenta. Evidentemente, el rechazo del pago de la garantía deberá tener como sustento el o los medios probatorios que, de manera contundente, acrediten que el requerimiento de pago es abusivo. Ante la falta de evidencia o del sustento correspondiente, se aplica la regla general: la garantía se paga.

Cabe destacar, siguiendo la doctrina jurisprudencial española, que el abuso debe ser *manifiesto*, en el sentido de que, si bien puede admitirse cualquier tipo de prueba, la misma debe causar *certeza*, ser *oportuna*, *palmaria* y *líquida*. Es decir, admitiéndose el principio de libertad de prueba, lo que queda restringida es la actividad probatoria (es decir, las pruebas aportadas no pueden llevar a ulteriores investigaciones) (Sánchez y Quicaño, 2011).

5.6 Otras excepciones al pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano.

5.6.1 Las excepciones derivadas de la relación de garantía (entre el garante y el beneficiario).

La *autonomía* de la carta fianza bancaria y, en general, de las garantías a primer requerimiento, hace que la institución financiera garante sólo pueda oponer, frente a la reclamación de pago, las excepciones que le correspondan en virtud de su relación con el beneficiario. En ese sentido, las excepciones que tuvieran su origen en otras relaciones no podrán ser invocadas por el garante, precisamente por la nota de independencia que caracteriza a dichas garantías.

Al igual que en el derecho comparado, no existe inconveniente alguno, en aplicar en el ordenamiento jurídico peruano las excepciones fundadas en la relación existente entre el garante y el beneficiario de la garantía, toda vez que el numeral 5.2 de la Circular sólo ha contemplado la renuncia del garante a las excepciones que le pudieran corresponder al deudor afianzado (ordenante de la garantía), pero no existe impedimento para invocar las excepciones derivadas de la relación de garantía, como por ejemplo:

- Error en el consentimiento.

- Falta de poder de representación.
- Transgresión de norma imperativa o prohibitiva.
- Compensación.
- Reclamación fraudulenta o abuso del derecho por parte del beneficiario (*exceptio doli*).
- Excepciones derivadas del mismo *texto* de la garantía (falta de declaración expresa del beneficiario, el beneficiario no indica los motivos o no presenta los documentos que condicionaban la operatividad de la garantía, reclamo de la garantía fuera del plazo previsto en ella, entre otros supuestos).

5.6.2 Las excepciones derivadas de la relación principal o subyacente (entre el ordenante y el beneficiario).

Nuevamente, la nota de *autonomía* de las *garantías a primer requerimiento* hace inviable que el garante pueda oponer, al requerimiento de pago de la garantía, alguna excepción proveniente de la relación existente entre el ordenante (cliente del garante) y el beneficiario. Esta restricción ha sido recogida expresamente en el numeral 5.2 de la Circular, según se indicó anteriormente.

Adicionalmente, conforme se advirtió líneas atrás, la actuación fraudulenta del beneficiario (*exceptio doli*) en la relación subyacente o principal no es propiamente una excepción derivada de dicha relación, sino de la relación de garantía, al no producirse el supuesto garantizado. En ese sentido, la excepción al pago se produce por la presencia de una conducta ilícita o indebida que no está cubierta o asegurada en el texto de la garantía. Como en todos los casos que supongan una negativa al pago, se exige que dicha conducta fraudulenta haya sido acreditada en forma incontestable o irrefutable por parte del ordenante de la garantía, que se opone al pago.

Algunos ejemplos de anormalidades en la relación subyacente, que podrían presentarse en la realidad peruana, y que justificarían la oposición al pago, pero fundada en la relación de garantía, serían:

- Nulidad del contrato base.
- Ilícitud del contrato subyacente.
- Cesión de derechos del ordenante al garante.

5.6.3 Las excepciones derivadas de la relación entre el garante y el ordenante.

Al igual que en el caso anterior, el garante no puede oponer excepciones al beneficiario, provenientes de la relación que mantiene con el ordenante de la garantía (su cliente), como por ejemplo: el garante no puede alegar discrepancias entre las instrucciones recibidas por el ordenante y lo señalado en el texto de la garantía, tampoco podrá invocar la nulidad del contrato u otro documento que haya suscrito el ordenante (cliente), ni la insolvencia o incumplimiento de las obligaciones del ordenante o que éste no hubiera constituido las contragarantías exigidas.

Una vez más, la actuación dolosa o de mala fe del ordenante al momento de constituir la relación contractual con el garante (por ejemplo, al momento de suscribir el contrato de comisión u otro documento similar), y que dicha actuación haya sido conocida por el beneficiario, no constituye, en estricto, una excepción derivada de la relación entre la institución financiera garante y el ordenante, sino de la relación de garantía misma (entre garante y beneficiario), producto de la mala fe del beneficiario, quien entabla una relación jurídica con el banco garante y, posteriormente, reclama el honramiento de la garantía, *a sabiendas* de la situación descrita (mala fe del ordenante). En este supuesto, en aplicación del principio de buena fe presente en el ordenamiento jurídico peruano, el garante podrá rechazar el pago de la garantía, requerido por el beneficiario.

CONCLUSIONES.

- Las *garantías a primer requerimiento* o *a primera demanda* pueden ser definidas como aquellas garantías atípicas de carácter personal, por las que el garante (generalmente, un banco) se compromete, de modo autónomo y automático, a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía, ante el simple requerimiento de pago este último, dentro del plazo fijado en el texto de la mencionada garantía y contra la presentación de determinada documentación.
- Las necesidades del tráfico comercial internacional y la aparición de nuevas realidades económico-financieras propiciaron el uso de un nuevo tipo de garantía, denominada *garantía autónoma, independiente* o *garantía a primera demanda*. La normativa del contrato de fianza tradicional resultaba insuficiente para asegurar los elevados riesgos económicos que implican grandes obras de construcción, importación de tecnología, compraventas internacionales, entre otros. La fianza ordinaria era escasamente funcional en estructuras transaccionales de gran complejidad y en el ámbito del comercio internacional, en donde se necesitan garantías adecuadas para tal fin.
- La carta fianza es una garantía atípica, originada en la autonomía de la voluntad, a través de la cual la entidad financiera garante se compromete de modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía, contra el simple requerimiento de este último (o previa presentación de determinados documentos), sin que pueda la institución financiera garante oponer excepción alguna fundada en relaciones distintas a aquella que la vincula directamente con el beneficiario (relación de garantía). La declaración unilateral de la institución financiera garante tiene como contraprestación la comisión que esta última le cobra a su cliente (el ordenante), la misma que depende de diversos factores: monto y plazo de la garantía, evaluación crediticia del cliente, contragarantías, entre otros.
- La carta fianza se rige por el *principio de literalidad*, por lo que primará siempre lo consignado en su texto. Eso quiere decir que es imprescindible que el tenor en alusión contenga de manera explícita la mención de que se trata de una fianza *a primer requerimiento*, incondicional, irrevocable y de realización automática.

- Entre las características principales de la carta fianza, se puede mencionar las siguientes: (i) forma escrita; (ii) origen convencional; (iii) garantía atípica; (iv) solidaria; (v) irrevocable; (vi) incondicionada; (vii) de realización automática; y, (viii) no se otorga por monto o plazo indeterminado.

- El uso de la carta fianza presenta las siguientes ventajas: (i) implica la reducción o eliminación de riesgos económicos o patrimoniales que la relación principal pudiera conllevar para el beneficiario de la garantía; (ii) el pago es considerado seguro, por la especial solvencia de la institución financiera garante y porque los daños que, eventualmente, pudieran derivarse de la conducta del deudor (ordenante) negligente serán paliados con la puesta a disposición de dinero líquido; (iii) la reclamación – y, por tanto, el pago- es *a primera demanda*, no siendo posible analizar lo ocurrido con la obligación principal, ya que se afectaría la naturaleza líquida de la garantía; (iv) de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se produce una inversión de la carga de la prueba, pues no es el beneficiario quien debe acreditar su legitimación, sino quien impugne la validez del ejercicio del derecho por el garante la parte obligada a aportar los medios de prueba que respalden su posición; y, (v) sustituye, en cierta medida, a la constitución de depósitos a la vista en favor de los acreedores, los cuales están destinados a hacerse efectivos de modo inmediato, en caso de incumplimiento, aunque con menores costos para el deudor (ordenante de la garantía).

- En lo referente a las diferencias más saltantes entre la *fianza ordinaria* y la carta fianza, resaltan las siguientes: (i) la primera se caracteriza por su *accesoriedad* respecto de la obligación principal; en cambio, la segunda, por su independencia de la obligación garantizada, que implica que el garante no pueda oponer ante el requerimiento de pago del beneficiario, las excepciones derivadas de la *relación subyacente* o *principal*; (ii) en la *fianza común*, el fiador sólo puede ser constreñido al pago de la obligación después de haberse requerido el pago, previamente, al deudor principal (*subsidiariedad*), mientras que, en la carta fianza, dado que la misma es *solidaria*, el beneficiario puede requerir el íntegro del pago de la garantía al garante u ordenante, sin necesidad de haber accionado, de manera previa, contra este último; (iii) la *fianza común* es un contrato típico, regulado en el CC, mientras que la carta fianza es una garantía atípica; y, (iv) la ejecución de la *fianza común* se

produce ante el incumplimiento por parte del deudor principal, en cambio, en la carta fianza, la ejecución se produce con el requerimiento de pago dirigido por el beneficiario contra el garante, de conformidad con los términos plasmados en el texto de la garantía.

- Respecto a la regulación de la carta fianza en el sector financiero, la Circular N° B-2101-2001, del 19 de octubre de 2001, establece precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías, en el caso de determinadas entidades del sistema financiero, que incluye a las empresas bancarias. El numeral 5 de la Circular contiene disposiciones expresas aplicables a las cartas fianza y su numeral 5.1 efectúa una remisión a las normas sobre la fianza común, contempladas en el CC, pero haciendo la salvedad de que deben tomarse en cuenta las particularidades establecidas por la Ley General y la Circular.
- Por otra parte, se pueden encontrar referencias a la carta fianza en otros cuerpos normativos que evidencian el uso de la misma en distintas transacciones del tráfico económico, como por ejemplo, en el ámbito tributario, de mercado de valores y, muy especialmente, en el de contrataciones con el Estado.
- Es usual que, en la práctica bancaria peruana, los bancos dilaten el pago de la garantía, con el objeto de efectuar coordinaciones previas con su cliente (deudor) e invocar, por ejemplo, el cumplimiento del deudor afianzado, pese a que ello resulta irrelevante y está excluido por el carácter autónomo de la garantía. Frente a ello, señala alguna doctrina, el beneficiario deberá accionar judicialmente contra dicha entidad y el afianzado, siendo la carta fianza el medio de prueba de la obligación asumida por la entidad financiera.
- Existe desconfianza generalizada en el sistema financiero hacia el sector construcción, que se ha materializado en el incremento significativo en el costo de emisión de las cartas fianza, una evaluación crediticia mucho más rigurosa y lenta y la exigencia de garantías a las constructoras que, en muchos casos, resultan ser muy gravosas. A ello se suma la tendencia a la ejecución de la garantía en los funcionarios públicos estatales, ante cualquier situación que pudiera ser calificada como incumplimiento del contratista.

- Considerando que la normativa peruana no ha regulado las excepciones que el garante puede oponer ante el requerimiento de pago de la carta fianza, se aprecia que la doctrina extranjera las ha clasificado en tres (3) grupos: (i) excepciones que provienen de la *relación de garantía*; (ii) las que tienen su origen en la *relación subyacente*; y, (iii) las que provienen de la relación entre el garante y el ordenante (*contrato de comisión*).
- Respecto a las excepciones fundadas en la *relación de garantía*, el derecho comparado reconoce, entre las más recurrentes, a las siguientes: (i) error en el consentimiento; (ii) falta de poder de representación; (iii) transgresión de norma imperativa o prohibitiva; (iv) compensación; (v) reclamación fraudulenta o abuso del derecho por parte del beneficiario (*exceptio doli*); y, (vi) excepciones derivadas del mismo *texto* de la garantía. Este conjunto de excepciones es perfectamente aplicable en el ordenamiento jurídico peruano y no ha sido excluido por el numeral 5.2 de la Circular.
- Especial desarrollo dentro de la doctrina ha tenido la llamada *exceptio doli* o excepción de fraude o abuso, en la que el emisor o garante puede negarse al pago de la garantía, cuando la reclamación presentada por el beneficiario resulta manifiestamente abusiva. La actuación dolosa del beneficiario puede manifestarse en la presentación injustificada de la reclamación o en la falsificación de los documentos que se hubieran establecido en el texto de la garantía, aunque dichos casos no constituyen las únicas formas en las que se manifiesta ese abuso o fraude. Es más, algún sector de la doctrina considera que no existe claridad en qué casos podría alegarse la existencia de una conducta abusiva.
- La *exceptio doli*, además de ser un derecho que le asiste a la institución financiera garante, es una obligación que se fundamenta, en primer lugar, en el *deber de protección* que dicha institución mantiene frente a su cliente y en que constituye un *medio de limitación del abuso o mala fe* del beneficiario, por lo que, en caso el garante no se oponga al pago en este supuesto, debería asumir responsabilidad por su conducta negligente. Adicionalmente, la jurisprudencia española considera como fundamentos de la excepción analizada a la prohibición del *ejercicio abusivo del derecho* y a la proscripción de las malas prácticas del principio de *buena fe*

contractual. Estos mismos fundamentos, según lo explicado en el presente documento, hacen que la *exceptio doli* sea admitida en el ordenamiento jurídico peruano como un mecanismo de defensa válido del garante ante una reclamación de pago que resulte ser fraudulenta o abusiva.

- En cualquier caso en el que se invoque o pretenda aplicar la *exceptio doli*, la misma debe sustentarse necesariamente en un (unos) medio (s) probatorio (s) que cause certeza de lo fraudulento o abusivo del requerimiento de pago, debiendo ser dicha prueba oportuna, palmaria y líquida, en el sentido de restringirse la actividad probatoria.
- En relación a las excepciones provenientes de la *relación subyacente o principal*, la doctrina extranjera es unánime al señalar que no es posible que el garante pueda oponerse al pago de la garantía sobre la base de alguna de las excepciones incluidas en este grupo. Sin perjuicio de ello, se admite la existencia de anormalidades en la *relación subyacente* que impactan en la *relación de garantía* y que, por lo tanto, podrían considerarse excepciones de esta última, en tanto existe discrepancia entre lo querido por el beneficiario y lo contemplado en el texto de la garantía; es decir, no se ha producido el supuesto de hecho garantizado. Ejemplos de esas situaciones anómalas son: (i) nulidad del contrato base; (ii) ilicitud del contrato subyacente; y, (iii) cesión de derechos del ordenante al garante. Esta restricción se aplica en el caso peruano, en la medida que el numeral 5.2 de la Circular contempla la renuncia del garante a las excepciones que corresponden al deudor (ordenante de la garantía) en la relación subyacente o principal.
- El garante tampoco puede oponer excepciones al pago de la garantía que, de acuerdo con la doctrina extranjera, provengan del *contrato de comisión* (u otro [s] acuerdo [s] similar) suscrito con el ordenante, en virtud de la autonomía del compromiso asumido por la institución financiera con el beneficiario. La misma limitación se aplica al honramiento de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, si al momento de constituirse la relación entre el garante y el ordenante, hubo mala fe de este último y el beneficiario conocía de la misma, es válido que el garante se niegue al pago, pero, se considera que la excepción se deriva de la *relación de garantía*, producto del comportamiento de *mala fe* del beneficiario hacia el garante.

- Finalmente, la posibilidad de aplicar en el ordenamiento jurídico peruano aquellas excepciones provenientes de la relación de garantía, incluida la *exceptio doli*, permite concluir que la carta fianza perdería cierta liquidez en escenarios de ejecuciones fraudulentas o abusivas por parte de los ordenantes, lo que podría suponer un contrapeso al recelo con que el sector financiero observa las transacciones con empresas constructoras y que ha llevado a multiplicar el costo de las comisiones por la emisión de las garantías. Ello redundaría en una disminución en este costo, al perder la carta fianza, de alguna manera, una parte de su principal atractivo: su gran liquidez.

BIBLIOGRAFÍA

Arce, J. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 97-116. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Alegría, H. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 67-81. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Aramendia, J. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 83-95. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Barchi, L. (2009) Apuntes sobre la fianza en el Código Civil peruano. *Ius Et Veritas*. Lima, N° 39, pp. 34-64.

Carrasco, A., Cordero, E. y Marín, M. (2003) *Tratado de los Derechos de Garantía*. 1ª. ed. Navarra: Editorial Arazandi, SA.

De la Puente, M. (1993) *El Contrato en General*, Tomo II, Vol. XI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De los Ríos, G. (2008) La Carta Fianza Bancaria. En G. De los Ríos, *Seis temas de interés jurídico, Libro homenaje por los 25 años de "Rey & de los Ríos – Abogados"*. pp. 1-53. Lima.

Díaz, A. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 117-150. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Diez-Picazo, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. Madrid: Civitas.

Espinoza, J. (2007) Fianza. En VV.AA., *Código Civil Comentado*, Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.

Garrigues, J. (1958) *Contratos Bancarios*. 1ª. ed. Madrid.

Gutiérrez, W. (2007) Fianza. En VV.AA., *Código Civil Comentado*, Tomo IX, Lima: Gaceta Jurídica.

Jiménez, R. (2001) El Principio de la Buena Fe. En O. Ameal y S. Y. Tanzi, *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Libro homenaje a Roberto López Cabana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Madriñán, R. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 151-164. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Morales, R. (2013) Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima, N° 71, pp. 53-75.

Morles, A. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 165-182. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Northcote, Cristhian (2011) Principales características de la fianza. *Actualidad Empresarial*. Lima, N° 231, pp. VIII-1-VIII-4.

Nunja, J. (2010) Las Garantías y la Carta Fianza. *Actualidad Gubernamental*. Lima, N° 22, pp. IV-1-IV-8.

Ortiz, A. (2003) El contrato autónomo de garantía a primera demanda. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. N° 16, pp. 219-254.

Puémape, D. (2013) *Tratado Elemental de Derecho Bancario Peruano: Enfoque Legal y Financiero*. 2ª. ed. Lima: Aries Editores.

Rivadeneyra, J. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 183-205. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Rodríguez, C. (2009) Las Garantías en la Ley de Contrataciones del Estado. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, N° 7, pp. 139-154.

Rodríguez, S. (1990) *Contratos Bancarios: su significación en América Latina*. 4ª. ed. Bogotá: Editorial A B C Ltda.

San Juan, J. (2004) *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*. Madrid.

Sánchez Calero, F. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 29-63. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Sánchez, M. y Quicaño, J. (2011) Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español. *Revista Análisis Internacional (RAI)*. N° 3, pp. 211-229.

Sandoval, R. (1996) Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. pp. 207-220. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Solarte, A. (2004) La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas*. Bogotá, N° 108, pp. 282-315 y pp. 306-307.

Serrano, S. (1999) La garantía a primera demanda. *Cuadernos de Estudios Empresariales*. Madrid, N° 9, pp. 281-297.

Zusman, S. (2005) La Buena Fe Contractual. *THEMIS Revista de Derecho PUCP*. Lima, N° 51, pp. 19-30.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES.....	6
1.1 Las garantías a primer requerimiento. Su ubicación dentro de las garantías personales y definición.....	6
1.2 La fianza ordinaria o tradicional. Consideraciones relevantes sobre su tratamiento legal en el Código Civil peruano.	7
1.3 La Carta Fianza.....	10
1.3.1 Antecedentes Históricos.	10
1.3.2 Definición y características principales.	11
1.3.3 Partes Intervinientes.....	21
1.3.4 Ventajas de su utilización.....	22
1.3.5 Principales diferencias con la fianza tradicional.	23
1.3.6 Aspectos regulatorios.	25
CAPÍTULO II. PANORAMA INTERNACIONAL.....	34
2.1 España:.....	34
2.2 Iberoamérica:	36
CAPÍTULO III: EJECUCIÓN DE LA CARTA FIANZA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.	40
3.1 Descripción general del procedimiento.	40
3.2 Ejecución en el ámbito de contrataciones con el Estado.....	41
3.3 El impacto financiero de la coyuntura.	44
CAPÍTULO IV: LAS EXCEPCIONES FRENTE AL PAGO DE LA CARTA FIANZA..	46
4.1 Las excepciones en el derecho comparado.	46
4.1.1 Las excepciones derivadas de la relación de garantía (banco-beneficiario)....	46
4.1.2 Las excepciones surgidas del contrato principal.	49
4.1.3 Las excepciones derivadas del contrato de comisión suscrito entre el garante y el ordenante.	50
4.2 Excepciones al pago de la garantía en el Perú.	50
4.3 La <i>Exceptio Doli</i> (fraude o abuso).....	51
4.3.1 Nociones Generales y Fundamentos.	51
4.3.2 Determinación del concepto de “reclamación abusiva o fraudulenta”.....	53
4.3.3 La interposición de medidas cautelares para suspender el pago de la garantía.	55
4.4 A modo de resumen (excepciones al pago de la carta fianza desarrollado por la doctrina extranjera).....	57

CAPÍTULO V. PLAUSIBILIDAD DE LA OPOSICIÓN DE LA <i>EXCEPTIO DOLI</i> Y DE OTRAS EXCEPCIONES AL REQUERIMIENTO DE PAGO DE LA CARTA FIANZA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	60
5.1 El contexto actual.	60
5.2 Fundamentos de la <i>exceptio doli</i> en el ordenamiento jurídico peruano.....	61
5.2.1 <i>La buena fe.</i>	61
5.2.2 <i>La prohibición del abuso del derecho.</i>	65
5.2.3 <i>El deber de protección del garante frente al ordenante.</i>	66
5.3 Supuestos de procedencia de interposición de la <i>exceptio doli</i> en el ordenamiento jurídico peruano.	70
5.3.1 <i>Rechazo al pago de la garantía por el garante sin intervención del ordenante.</i>	71
5.3.2 <i>Rechazo al pago de la garantía, previa información del ordenante.</i>	71
5.4 La suspensión del pago de la garantía a través de una medida cautelar.....	72
5.5 El problema en la determinación del concepto de “reclamaciones abusivas o fraudulentas” como sustento del rechazo al pago de la garantía.....	73
5.6 Otras excepciones al pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano.....	74
5.6.1 <i>Las excepciones derivadas de la relación de garantía (entre el garante y el beneficiario).</i>	74
5.6.2 <i>Las excepciones derivadas de la relación principal o subyacente (entre el ordenante y el beneficiario).</i>	75
5.6.3 <i>Las excepciones derivadas de la relación entre el garante y el ordenante.</i>	76
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA	83